the family court

Law Reform Commission of Canada

Working Paper No. 1

the family court

January 1974

©

Information Canada
Ottawa, 1974
Cat. No.: J32-1/1-1974

NOTICE

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments, criticisms and suggestions received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing by June 1, 1974, to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman

Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman

William F. Ryan, Q.C., full-time member

Dr. J.W. Mohr, full-time member

Mme Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member

John D. McAlpine, part-time member

Family Law project staff

Julien D. Payne, LL.B., Director

F. Murray Fraser, B.A., LL.B., LL.M.

Terrence J. Wuester, B.A., M.A., J.D., LL.M.

Ronald Fritz, LL.B., LL.M.

Leslie Katz, B.A., LL.B.

Consultants

His Honour David M. Steinberg, Provincial Judge, Family Division, Hamilton

Philippe Garigue, Professor, Department of Political Science, University of Montreal

Norman Bell, Professor, Department of Sociology, University of Toronto.

Contents

Introduction 1

Problems 5

1. Fragmentation of Jurisdiction 7
2. Conflicting Philosophies and Procedures of the Courts 11
3. Lack of Auxiliary Support Services 17
4. Statistical and Social Data — Collection and Evaulation 19

Proposals 21

1. Boundaries of Legal Jurisdiction 23
2. Status of the Court 25
3. Procedures 33
4. Support Services 39
   - Legal Services 39
   - Information and Intake Service 42
   - Family Counselling and Conciliation Services 42
   - Clinical Services 45
   - Investigative Services 45
   - Youth and Probation Services, After Care, Detention and Observation Homes 50
   - Enforcement Services 50
   - Funding of Support Services 52

Concluding Note 55

Introduction

The Law Reform Commission of Canada has accepted family law into its research program in response to strong public concerns. These concerns range from individual dissatisfaction with the means by which family problems are presently handled to calls for changing the basic structure of the law so that it may reflect changing conceptions and realities of family life.

There are many aspects of substantive family law such as marriage, divorce, the support of family dependents and responsibility for the raising of children, to name only a few. These are embodied in a variety of laws under federal or provincial jurisdiction. The Commission recognizes that over the next few years there will be a great deal of reassessment and re-evaluation of the role the law plays in the making or breaking of family relationships. This will quite likely produce proposals for reform that will take the law in a different direction from that in which it is now moving. Such reform cannot be based on the law itself but must take into consideration the best available knowledge concerning the formation and development of the family in Canadian society.

The proposal for a unified Family Court is a logical first step to meet a pressing need which has long been recognized. It is also an important condition for further legal reform since many problems can only be properly assessed and understood once they are dealt with together in one court.

Many of the ideas and proposals in this Working Paper are not original but have been put forward over the years by members of the public, law reform commissions, and representatives of professional bodies. Action, however, has been impeded by the very nature of the problem itself--fragmentation of jurisdictions and responsibilities. It was, therefore, necessary that the national Law Reform Commission address itself to the problem, although it recognizes that the details with respect to the organization of family courts are of direct concern to the provinces, and that much of the responsibility for implementation would rest with the provinces. Reform or change in the judicial process can only be achieved through the cooperation of the appropriate federal and provincial authorities and finally with the agreement of the legislative bodies involved.

The Commission does not only intend to publish a Working Paper on the need for reform; it will actively embark upon a program of exploring ways of implementing its proposals.

This paper is intended as an information resource for distribution to interested members of the public and is not a technical document. However, our attempts to avoid "legal jargon" may have failed. The paper is primarily intended to provide an understanding of existing problems and to stimulate debate on possible solutions. The wide distribution of this Working Paper is designed to promote a response from interested members of the public and from the concerned professions.

To provide the Commission with sufficient background and information for this Working Paper, three major studies were undertaken:

- A conceptual analysis of unified Family Courts;
- An explanation of the philosophy, structure and operation of the courts in Canada presently exercising jurisdiction over family law matters;
- An attitudinal survey of Canadian judges concerning the manner in which family law matters are, and should be, disposed of by the courts.

These background materials, totalling over one thousand pages, have already been circulated on a limited basis.

The Working Paper directs itself to a simplified, but hopefully practical, approach to problems that exist across the country but which depend for their solution upon both federal and provincial action. Family matters have been too long ignored by the law and by the legal profession. Traditional procedures and practices are inadequate to deal with present problems. Immediate action is needed to ensure that resources are applied to provide assistance to family members in resolving their disputes in a dignified and inexpensive way. Appropriate legal representation and other support services should be made available to all whose interests may be affected by any dispute.

In arriving at its conclusions and proposals the Commission has attempted to maintain a flexible stance for two reasons. First, recognizing that local conditions may determine the implementation of its conclusions, the Commission declined to produce a detailed blueprint. Second, anticipating substantial proposals in the reform of family law, both at the federal and provincial level, the Commission has attempted to present models which can be readily implemented and adapted to the changes expected in the law in the next few years.

Successful implementation of what is now only a model may involve a variety of pilot projects to determine the needs of different regions and to test the most effective means of providing facilities and services. The Commission will encourage and support such pilot projects, especially their independent assessment and evaluation.

Unified Family Courts can not solve all family problems. They would initially however, facilitate the treatment of these problems as a whole and not as artifically divided issues.

Problems

1
Fragmentation of Jurisdiction

No Canadian province has a court with comprehensive jurisdiction in all areas of family law. This means that when problems arise in a family relationship, people have to seek solutions in more than one place and from more than one set of proceedings. Such a system — or lack of system — has many disadvantages.

Despair, confusion and frustration

The most distressing effect of the present state of affairs is the despair, confusion and frustration it causes to the participants. It should not be necessary nor even feasible to apply to one court for maintenance upon desertion, another for custody, a third for wardship or adoption, and yet another for divorce. As far as the general public is concerned there appears to be no reason why all legal matters arising from a matrimonial or family dispute should not be dealt with by a single court. Public expectations of a family court may far exceed the realistic potential of any court of law since there is no legal process which can solve all of the problems arising from marriage or family breakdown, but to circumvent the existing maze of jurisdictions seems a step in the right direction.

Overlapping jurisdiction

In some provinces as many as five different courts may handle family problems. Overlapping and fragmentation occurs in the areas of custody, wardship, adoption, maintenance and divorce. This not only leads to multiplication of effort, but can produce irreconcilable decisions.

"Forum-shopping" can also develop from the existing situation. Certain parties may prefer a court bound by formal rules and procedures to an informal, conciliatory chamber. This may affect the outcome of hearings and lead to results that are not in the best interests of all parties. There have been instances where actions commenced in a family court have been barred by the opposing party taking the same issue to a higher court.

Cost

Present systems cause duplication of effort by judges, lawyers, witnesses, court administrators and the parties themselves and this naturally leads to increased costs. Consolidation of family law jurisdiction in a single court would reduce the cost of legal services to the individuals, although an effective system of family courts with access to support services would not necessarily reduce the financial cost to the state.

Inability of courts to deal with the total problem

By forcing parties to go to different courts in relation to different facets of a single problem, the process denies any one court the opportunity to view the problem as a whole. As a result no one person sees all the evidence, and remedies may be granted which are not the best.

When juvenile and family courts of limited jurisdiction were created in some provinces, a major innovation was the inclusion of counselling and other support services. In the existing superior courts and, to a lesser extent, in most county and district courts, however, the rules of procedure are more rigid and based on the "adversary approach" of having opposing parties argue their case before a judge. Support services or access to them are conspicuous by their absence.

The Commission recognizes that differences in approach and procedures between the various levels of courts are not clear cut. The extent to which the process will be formal and adversarial will necessarily depend upon the personnel in the court and the particular issue under consideration, rather than the level of the court.

We consider that family conflicts require special procedures, designed to help individuals to reconcile or settle their differences and where necessary to obtain assistance. Therefore, the resolution of family conflicts, particularly those involving children, require some modification of the traditional adversary process. To leave reconciliation and settlement of issues exclusively in the hands of the lawyers is inadequate.

Lack of respect for the courts and the law

A system of law that prevents parties from finding simple, dignified means of solving their problems within a reasonable

time, often while they are under very great emotional strain, encourages distrust of the legal process as a means of solving family problems.

Conclusion

There is no logic in the assignment of jurisdictions in family law matters to a number of different courts. It has been proposed that "more serious" matters should be determined by judges of higher courts, since they are better qualified and more competent to decide difficult questions of law; more "mundane and routine" matters should be confined to the lower courts. But where does one draw the line between "serious" and "routine" matters in family law? To the participants everything is serious! Are the present judges in the higher courts qualified to deal with sensitive family matters? Are there available to those judges resources in the form of support services which should be regarded as essential elements in the solution of family problems?

We are aware that constitutional arguments can be raised against conferring comprehensive jurisdiction on a single court other than one of superior jurisdiction. But the Commission is of the opinion that constitutional barriers should not prevail against the establishment of a progressive and effective family court system. We conclude, therefore, that a unified court system should be established and that all appropriate steps — including constitutional amendment if necessary — be taken toward this end.

This is not to imply that all provinces would have to set up identical copies of a single model. Nor does it mean that piecemeal improvements should not be encouraged pending a complete reorganization of the judicial process in family law matters. The case for immediate improvement is self-evident in many areas, and cannot await the lapse of time that will prove inevitable in any major restructuring of our courts.

2
Conflicting Philosophies and Procedures of the Courts

Fragmentation of jurisdiction in the provinces is coupled with differences in the pleadings, procedure and philosophy adopted in the respective courts. These differences are accentuated in provinces that have established Family Courts with a specialized limited jurisdiction. It seems appropriate, therefore, to examine the approach of both the Superior Court and the Family Court to Family Law matters.

THE SUPERIOR COURT

Jurisdiction

The Superior Courts in all provinces deal with a large number of serious criminal and civil proceedings. Civil matters are those in which one individual seeks a remedy against another. They include torts, such as automobile accident claims, property disputes, claims for breach of contract and certain family disputes. The net result is that the Superior Court judge has to be concerned with a number of unrelated areas of which family law is just one.

Adversary Procedures

In seeking a solution to family problems, the pleadings and procedures of adversarial disputes in torts, property and contract actions, have been applied to family matters almost as a matter of course and without regard to possible consequences. The Commission admits that if all else fails a judge must be called upon to decide the issue between the parties, but it considers that in general the adversary approach promotes a ritualistic and unrealistic response to family problems. Considerable modification is needed, particularly where children are involved. The present system offers no legal protection to children: they are not represented by counsel, and the court is not given enough information to determine their best interests. As a consequence children get caught up in inter-spousal conflicts as pawns, weapons — and ultimately victims.

The disabilities of the adversary process may be partially due to the emphasis of the law on fault, which constitutes the basis for matrimonial and familial relief; but the Commission believes that abolition of the fault or offence concept, without concomitant changes in procedures and practices reflecting a less adversarial approach, cannot eradicate present problems.

Support services

Reliance on the adversary process precludes reconciliation or the conciliation of inter-spousal or inter-parental conflicts.

It is significant that the superior courts rarely invoke the assistance of agencies in the community in an attempt to reconcile the parties or to promote conciliation or amicable settlements. The courts seldom use conselling, investigative or other types of support services; they are used occasionally in contested custody matters, particularly in divorce proceedings, where special statutory provisions, rules of court or judicial practice require or permit independent investigations and reports for the judge's assistance.

Accessibility of the Court

In most provinces the administration of justice requires judges of the Superior Court to visit major cities and towns regularly for the purpose of trying cases and hearing applications. This is known as the circuit system. With respect to family disputes, the system causes two serious problems. First, in many instances the judge is faced with a long list of cases involving a variety of civil matters, some of which are family law problems. The judge has a limited amount of time to spend in the area and this may result in the adjournment of matters until a later visit, probably by another judge, or the disposition or settlement of cases without sufficient information.

Second, in family matters, accessibility to a judge on a continuing basis is a prerequisite to the effective resolution of disputes. When circumstances change, as they often do in a family situation, the parties should be able to apply without delay to a judge to consider the new circumstances and, where appropriate, vary the original order. It is obvious that such opportunities are not available where judges are on a circuit system.

Costs

Costs and legal fees involved in taking actions before the Superior Courts are substantial and much greater than those at the Family Court level. If legal aid is not available these costs may become prohibitive, especially in contested proceedings. As a result, many relevant and important issues will be passed over.

Qualifications and Training of Judges

Judges of the Superior Courts in all provinces are appointed by the Governor in Council. The appointees must have at least ten years' standing at the Bar. While most have had a broad experience in the practice of law, few have had much contact with family law matters. This is understandable since family law has only recently become a respectable area of specialization within the legal profession. In the past lawyers chose not to become involved with family law, for economic and other reasons including the emotionally charged nature of family conflicts. To be characterized as a "divorce lawyer" was not a compliment; the relatively recent change of language from "divorce lawyer" to "family lawyer" reflects a fundamental shift of opinion within the legal profession and also within the general public. Younger members of the profession have shown a growing realization and understanding of the important role of the lawyer in resolving family disputes. The existence of legal aid systems in some provinces has been a major factor in increasing the number of lawyers in this field, but awareness is growing even where no legal aid exists. Still, a great many lawyers lack knowledge and may be uncomfortable when faced with family law matters, and as a result most appointees to the superior court lack extensive experience and appreciation of many areas of family law.

The difficulties are compounded by the lack of adequate training programs for those appointed to the Superior Court. Apart from informal assistance rendered by their colleagues, newly appointed judges set about their tasks with little or no guidance. There is no organized program of continuing education for Superior Court judges.

THE FAMILY COURT

Philosophy

The Family Court is a product of the same philosophy that led to the creation of the Juvenile Court in the early years of the

twentieth century. The Family Courts were designed to promote preventive and therapeutic procedures in an attempt to resolve family problems constructively. The underlying philosophy was that in family matters the law should provide a process which included opportunities for counselling and other support services: a specialized staff was to be assigned to the court to undertake counselling, investigative and administrative functions.

Support services

The evolution of the Family Court in Canada has been marked by substantial difference in the various provinces and within individual provinces. In some provinces there is no Family Court, while in others it is severely restricted by lack of personnel and services. Only the larger urban centers have specialized staffs which are available to assist the judiciary in the resolution of disputes.

Jurisdiction

Family Courts in Canada are not part of the Superior Court and their jurisdiction, though extensive, is confined by constitutional limitations whereby certain family law matters fall within the exclusive competence of the Superior Court. In recent years in a number of provinces, there has been a gradual extension of jurisdiction in the Family Courts. The structure, organization and procedures of the respective Family Courts varies from province to province and, within some provinces, from court to court. Such variations render it difficult to define policies and standards applicable to all parts of the country.

There is no Family Court in Canada which exercises a comprehensive and integrated jurisdiction over all matrimonial and familial proceedings. Divorce, judicial separation, alimony, and property disposition all fall outside the Family Court. Basically, the jurisdiction of the Family Court extends to proceedings respecting inter-spousal maintenance, the custody and maintenance of children, neglected children and delinquency, and, in many cases, other courts exercise concurrent jurisdiction in some of these matters.

Informal procedures

The proceedings are as informal as circumstances permit and attempts are made to promote the resolution of disputes by

agreement between the parties rather than by judicial disposition at trial. Pleadings are informally drawn and rules of practice, where they exist, are simple and often vary from court to court. This situation, together with the fact that the parties are often not represented by counsel, creates the danger that the rights of the individual will be prejudiced before the Family Court. While there is a desirable de-emphasis on adversarial procedures, there is also a failure to provide adequate protection of the rights of individuals, particularly children. We believe that parties in paternity suits, custody matters, neglect and delinquency hearings, maintenance matters and related cases deserve at least as much protection under the law as the litigants in torts, contract and property disputes.

Qualifications and Training of Judges

The Family Court is presided over by a provincially appointed judge. It is unrealistic to assume that the quality of judicial appointments is uniform in all courts. With exceptions, the present courts are not able to attract the most qualified members of the legal profession.

In Family Courts there are a number of judges who did not possess formal training in law prior to their appointment, yet they are called upon to determine the legal rights and responsibilities of persons who appear before them. The Commission believes that legal training should be a prerequisite to the exercise of the judicial function, and that this reform should be instituted immediately. The expanding jurisdiction of family courts, the more frequent and attentive participation of lawyers, the increased concern with the importance of family matters make it imperative that the best legal minds be attracted to the positions on the bench.

While training programs for Family Court judges exist in some provinces, in most they are in the embryonic stage or simply do not exist.

Conclusion

The tempo and practice of superior court, as presently regulated by rules of law and procedure, are appropriate for deciding strictly legal questions, but do not permit the judges to deal effectively with family disputes. Inflexible rules of procedure prevent any effective treatment of such problems, and judges are denied

access to expert evidence and the resources of community agencies which might provide constructive assistance. There are superior court judges today who believe that the court should not become actively involved as an arm of the state in promoting the preservation of the family unit, and that it should retain its traditional role as a court of law rather than a social welfare agency.

On the other hand, family courts have failed to realize their full potential. The publicity surrounding their creation led to the belief that new approaches were being fashioned in the search for solutions to family problems, but there is a substantial gulf between the theory and the extent to which that theory has been implemented by positive action.

The family court is regarded by many as a "conveyor-belt" process for poor people. The emphasis is said to be on the collection of money, with little regard for the provision of support services. The lack of procedural guidelines, while promoting an informal atmosphere, fails to protect the rights of individuals who appear before the court. Those lawyers who go to family court are frustrated by the confusion, delays, and lack of organization.

We conclude that family law matters are not dealt with satisfactorily either at the superior court or the family court level. Substantial changes are required to attract well qualified judges and to provide simple, effective, inexpensive procedures in courts which are accessible and have the necessary auxiliary services available to those who need them.

3
Lack of Auxiliary Support Services

The lawyer, whether practitioner or judge, has no exclusive knowledge of family problems or prospective solutions thereto. Accordingly, the general resources of the community and the expertise available in non-legal professional disciplines, which define and endeavour to resolve marital conflict and family problems, should be part of the search for solutions to inter-spousal and familial conflicts. The successful operation of a Family Court, therefore, requires that administrative, counselling, conciliation, investigative, legal, and enforcement services be made available to promote reconciliation, and, where this is not possible, to promote pre-trial settlements of collateral issues, such as the maintenance of family dependents and the custody of children of the marriage, that necessarily arise for determination on the breakdown of marriage.

Current judicial procedures and practices militate against the optimum or even the effective use of non-legal resources. The superior courts, with few exceptions, seldom seek to invoke the aid of established agencies in the community and have no "in-house" facilities to offer advice or guidance to litigants or to determine whether the institution of proceedings constitutes the best or only solution to the marital or familial conflict. The Family Courts on the other hand, while established for the purpose of providing auxiliary non-legal assistance to the actual or prospective litigant, have failed to achieve that purpose, for reasons partly attributable to the courts themselves and partly attributable to the failure of governments to implement the philosophy underlying the establishment of Family Courts by securing the appointment of qualified auxiliary personnel. One example of the difficulties encountered is the lack of protection of the interests of children of broken homes. The parties to a broken marriage are frequently so emotionally charged that they cannot objectively provide for the best interests of their children, and, even worse, the children may be used as weapons in inter-spousal conflict. The fact that husbands and wives have lawyers does not give protection to their children. In addition, there are no adequate pre-trial procedures or support services to assist the court in the determination of the best interests of the child. Another example is the absence of enforcement personnel in the Courts coupled with the present legal procedures whereby the onus of enforcing maintenance orders

falls upon the person in whose favour the order is made. This leads to a high, if not astronomic, default rate. It has been estimated that no less than 80,000 families in Canada are not being maintained by the responsible spouse or parent.

In short, the lack of auxiliary services presently in or available to the courts is disgraceful, irrespective of the particular court that exercises jurisdiction over matrimonial and familial proceedings. It is difficult, if not impossible to measure the cost in terms of human misery.

With few exceptions, those responsible for the establishment and administration of the courts exercising jurisdiction in family law matters have totally failed to ensure the provision of adequate auxiliary services, whether one speaks in terms of their quality, quantity, or accessibility. In many courts even basic administrative services are lacking.

4
Statistical and Social Data — Collection and Evaluation

The collection and evaluation of relevant statistical and social data is essential for the efficient and effective operation of all courts. Data defining the activities of the support staff and dispositions at trial is necessary for a variety of reasons. First, it permits the court to discharge its obligation to keep the public informed and enables it to focus public attention on weaknesses or defects in the court or in the community at large, thus bringing pressure to provide more adequate resources to contribute to the constructive resolution of family problems. Second, relevant data is also required to promote more effective administrative procedures and to ensure that the manpower in the court is used to its fullest advantage. For example, the collection and evaluation of data on a continuing basis provides a means of estimating the future personnel and service needs of the court and facilitates the re-directing of staff assignments. Third, statistical and social data can provide a sound basis for assessing the effectiveness of auxiliary services and of dispositions made by the court.

There is reason to believe that, if jurisdiction over family law matters were consolidated in a unified family court, a centralized and, preferably computerized, data bank could be established. The family court could provide an ideal "laboratory" for the collection and analysis of statistical and social data relating to the causes and the efficacy of the treatment and disposition of family problems by the courts. Information would thus be available to promote the development of more effective programs and procedures for the prevention or treatment of family problems.

Unfortunately, the present fragmentation of jurisdiction over family law matters hinders the collection and analysis of statistical and social data. The information respecting family problems that is available in courts of general jurisdiction, such as the Superior Court, substantially reflects the formal procedures of those courts and provides little insight into the social or human problems underlying the legal issues. Accordingly, such data is of little value as a basis for developing new methods of treatment or disposition, although it may help in determining caseloads and the appropriate assignment of personnel. Even in the existing family courts, where the jurisdiction is specialized, efforts to accumulate, evaluate, and

utilize the available statistical and social data seem conspicuous by their absence.

The law and its processes must respond to the need for individualized justice when disputes among family members cannot be amicably resolved.

There must be a judge sitting in a court of law to determine rights and responsibilities but, in the view of the Commission, much more is needed. The Family Court should exercise a bi-partite function as follows:

1. a social function to promote reconciliation and, where this is impossible or undesirable, to promote the amicable and equitable settlement of issues, and to protect the interests of any children; and
2. an adjudicatory function to determine by judicial disposition any conflicting claims or issues which cannot be settled by the parties.

It is the view of the Commission that the Family Court must have not only qualified judges but also adequate support staff and facilities, as well as procedures which are designed to achieve the maximum use and effectiveness of the services.

Serious questions arise with respect to the future of the family and the function of the law in dealing with family relationships. With changing values and social attitudes the existence of the family in its present form is itself being challenged. These questions and problems are being considered by the Commission in its examination of various substantive areas of family law such as divorce, nullity, custody, matrimonial property, and maintenance rights and obligations.

But, there is an urgent need to reform the way in which the law deals with the resolution of family conflicts and it is with this in mind that the Commission has arrived at its conclusions on the structure and organization of a unified Family Court.

Proposals

1
Boundaries of Legal Jurisdiction

The Commission believes that jurisdiction over all "family law" matters should be vested in a single unified Family Court. To meet this objective would require action by both the federal and provincial legislatures.

The Commission specifically recommends that judicial proceedings involving the following matters should fall within the exclusive jurisdiction of a unified Family Court:

- Formation of marriage (e.g. judicial dispensation of parental consent to marry).
- Dissolution of marriage (divorce and nullity).
- Judicial separation and separation orders.
- Restitution of conjugal rights.
- Declarations of status (marriage, legitimacy, legitimation).
- Change of name.
- Alimony and maintenance (including enforcement).
- Maintenance and affiliation agreements.
- Inter-spousal actions respecting title to and possession of the matrimonial home and other matrimonial assets.
- Custody, access and upbringing of children.
- Adoptions.
- Guardianship of the person (minors).
- Affiliation.
- Child neglect.
- Inter-spousal or intra-familial assaults of a minor nature.

The Commission recognizes that there may be differences of opinion as to whether the Family Court should exercise jurisdiction over the following areas:

- Inter-spousal or intra-familial torts and contracts.
- Tort actions for invasion of matrimonial consortium, for example, actions for damages for adultery or for alienation of affections.

- Guardianship of the property of minors.
- Provision for family dependants on death.
- Inter-spousal or intra-familial offences of a criminal nature.

The Commission concludes that these matters should not fall within the exclusive competence of the unified Family Court but envisages that such proceedings could be entertained in the Family Court, where this is deemed appropriate, under a legislative formula regulating waiver and transfer of jurisdiction to and from the Family Court. It is essential, however, that the Family Court have comprehensive jurisdiction over proceedings that are predominantly familial in character.

The Commission has experienced serious difficulty in attempting to resolve whether matters arising under the Juvenile Delinquents Act, including charges of contributing to juvenile delinquency, should fall within the jurisdiction of a unified Family Court. There is a distinct possibility that the federal statute law relating to juvenile delinquency will be changed, perhaps radically, in the foreseeable future. Pending a decision of the federal government respecting changes, the Commission considers that it is premature to determine whether proceedings in this area should be conducted within the framework of a unified Family Court.

Any decision taken with respect to designated areas of jurisdiction of the Family Court does not imply that all such areas involve similar procedures, or that independent proceedings must be instituted in respect of each designated area of jurisdiction.

2
Status of the Court

In its consideration of the status and place of the unified Family Court in the judicial hierarchy, the Commission has concluded that it should set out the various options that are available, indicating the strengths and weaknesses of the respective alternatives and pointing out the factors which may be influential in establishing Family Courts in the various provinces. The Commission wishes to stress that in setting out these options it is assumed that steps will be taken to overcome the problems referred to earlier in the paper and to provide well-qualified judges for unified Family Courts, sufficient support staff, new rules of procedure and practice, and good physical facilities.

The Commission emphasizes that, irrespective of the status of the court, an exclusive original trial jurisdiction should vest in the unified Family Court. The Commission recognizes, however, that constitutional provisions currently preclude vesting an exclusive original trial jurisdiction in any court other than a superior court.

It is the opinion of the Commission that the federal and provincial authorities must and can cooperate in the search for accommodation on constitutional issues and thus resolve current constitutional dilemmas. The failure to establish or permit the development of the unified Family Court cannot be justified on the basis of constitutional limitations.

Even apart from constitutional questions, there is a need for effective federal provincial cooperation in the establishment of unified Family Courts. The fact that federal and provincial laws would be administered by such courts and the need for joint federal and provincial funding necessarily involve a high degree of cooperation between the federal and provincial authorities if a viable system of Family Courts is to be achieved. Indeed, even if unified Family Courts are not established, much could be achieved by concerted federal-provincial action in promoting the development of new procedures and more effective support services in or accessible to the courts exercising jurisdiction over matrimonial, familial and juvenile proceedings.

In setting out a variety of options respecting the status of the unified Family Court the Commission has been extremely conscious of the fact that the development of an effective system of unified Family Courts cannot be divorced from a consideration of

the needs and resources of the individual provinces. Consequently the status of the unified Family Court would not necessarily be the same in each of the provinces. For example, in those provinces where Family Courts have been established with the status of a provincial or magistrate's court to exercise jurisdiction over certain major areas of family law, it may be desirable to expand their jurisdiction and auxiliary service rather than create an entirely new Family Court structure. On the other hand, in provinces where Family Courts have not been established or where they are in the initial stages of development, other factors may influence the decision respecting the status of the unified Family Court. For instance, the existing workload of the judges, the geographic area and the size of the population to be served, and the number and qualifications of the practicing bar from which judges for the Family Court are to be drawn, are important, if not decisive, factors in determining the appropriate status and place of the Family Court.

There are three basic alternatives respecting the status and place of a unified Family Court in the judicial structure:

- A unified Family Court may be set up as a separate court of superior jurisdiction, or as a part or division of the existing superior court.
- A unified Family Court may be created as a division of the existing county or district courts.
- A unified Family Court could be created as a division of the existing provincial court system.

Each of the above alternatives merits discussion and consideration.

A unified Family Court of superior jurisdiction

A substantial body of opinion favours the view that unified Family Courts should be established as courts of superior jurisdiction but there are diverse opinions respecting the place of such Family Courts in the existing superior court structure and the appointment of judges to such courts.

In the past, there has been a total failure to accept that family problems are of sufficient significance to merit the attention of the highest courts. Establishment of a unified family court at a superior court level would be a recognition of the importance of family law matters, and it would give the new court a respected status with the legal profession and the public.

Under the present Canadian constitution, a unified family court could only be given total jurisdiction over family law matters at the level of a superior court. Although federal and provincial action would still be required to transfer the necessary jurisdiction, no constitutional barriers would arise.

The Commission recognizes that in certain provinces the Superior Courts are heavily taxed by way of work-load and the addition of a comprehensive jurisdiction in family law would raise concern about the costs and practicality of such a move. Indeed, if all family matters were to be heard by Superior Court judges, there would probably be an unmanageable caseload unless a very substantial number of new appointments were made.

However, the Commission believes that a proper system of unified Family Courts would provide a number of ways in which issues might be determined without resort to trial, thus reducing the pressure on the judges. If an effective counselling and conciliation service were provided, a number of issues would be settled by agreement. Also, if special rules of procedure were devised relating to such matters as pre-trial hearings, further reduction of the judicial caseload might be expected. In other words, the focus of the auxiliary services and the rules of procedure could and should be directed to providing a means by which issues and disputes might be settled without the necessity of judicial disposition. Futhermore, the workload of the judges could be reduced by the appointment of masters, registrars, or referees to assist the superior court judges in the disposition of family law matters. The jurisdiction of these officers of the court would be determined to some extent by constitutional considerations, although the Commission envisages no difficulty in their having the power to deal with certain uncontested matters and certain motions and applications for interim relief.

A major concern of the Commission is that the unified Family Court should be accessible to those who require its services. In the smaller provinces the problem of inaccessibility may not be serious but difficulties would continue to arise in certain provinces if jurisdiction over family law matters were exclusively vested in superior court judges and these judges continued to operate on rotational assignments and under a circuit system whereby visits were made to centres outside the capital only on a limited basis and at certain times of the year. It is clear that the unified Family Court should be a much more flexible and mobile type of tribunal and that superior court judges should be resident in a number of provincial centres.

An appropriate solution might be to create a unified family court as a division of the Superior Court with the appointment of a senior judge to preside over the Family Division. One argument against this solution is that judges sitting in the Superior Court are unaccustomed to and may be averse to the use of support services in the resolution of family problems. The Commission appreciates this point of view but is of the opinion that a unified Family Court established as a Division of the Superior Court could develop its own philosophy and procedures unhampered by the traditional approaches which have been applied in the past.

Arguments have been made in favour of establishing a Family Court of superior jurisdiction as a separate and autonomous court but the Commission is of the opinion that jurisdictional and constitutional problems render such an approach inadvisable. Also, we feel that there is no justification for the proliferation of courts of superior jurisdiction, particularly when the objectives can be met by creating a division within an existing court.

Although the Commission subscribes to the view that the Family Court should be established as a Division of the existing Supreme Court, it is envisaged that the unified Family Court would be housed in a separate plant in order to accommodate its total resources, which should not be geographically fragmented.

In conclusion, the Commission inclines to the opinion that the ideal unified Family Court should be established as an integral part of the existing Superior Court. However, the Commission recognizes that many factors, some of which have been referred to in this paper, may militate against such a scheme and may result in the establishment of the Family Court at a different level in the judicial hierarchy.

A unified Family Court as a division of the existing County or District Court

The argument in favour of establishing a unified Family Court as a division of the existing County or District Court appears to rest upon three main factors. First, in certain jurisdictions, the present work-load of the judges of the county or district court is such that excessive burdens would not be imposed by the creation of a unified Family Court at the County or District Court level. Second, in most provinces the County or District Courts are more accessible to the public than the Superior Court since judges of the County or District Courts are located in various centres throughout

the province. Third, certain financial savings would be made in the event that jurisdiction over family law matters were vested in the County or District Courts.

It may be open to question whether the judges of the County or District Courts could be empowered to exercise a total jurisdiction over family law matters, having regard to the current provisions of the constitution. Jurisdictional problems including possible conflicts of jurisdiction with the superior courts, could also arise.

Although the Commission has previously expressed the opinion that a unified Family Court should ideally be a Division of the Superior Court, it recognizes that serious consideration should be given to the possibility of establishing the Family Court at a County or District Court level in any province urging such a course of action.

A unified Family Court as a division of the provincial court system

In a number of Canadian provinces, Juvenile and Family Courts have been established at the provincial court level to exercise a broad but not comprehensive jurisdiction over matrimonial, familial and juvenile proceedings. These courts are frequently presided over by judges whose jurisdiction is confined to family law matters and who have acquired considerable experience and expertise over the years. These are also the only courts that have been provided with any kind of support services to complement or supplement the role of the judge in the disposition of family problems. Consequently, there often exists a high degree of trust and cooperation between the judges of the Juvenile and Family Courts and the persons assigned to the various support services established in these courts.

Regrettably, the Juvenile and Family Courts operating at the provincial court level have suffered from a lack of prestige among the legal profession and have been subjected to public criticism, in part unjustified because of the inherent limitations upon their jurisdiction which preclude any attempt to resolve all of the issues arising in a typical family conflict.

Appointments to these courts have not always been of top calibre, although recent years have seen substantial improvement in the qualifications and experience of persons appointed to the

Juvenile and Family Courts. Notwithstanding the deficiencies existing in the Juvenile and Family Courts at the present time it might well be contended that, in provinces where such courts exist, it would be unwise to create a new court structure and the better solution might be to consolidate and extend the jurisdiction of the Juvenile and Family Court, increase the prestige of the court by attracting well-qualified judges, and make every effort to supply adequate and effective support services where they are presently lacking. It must be recognized, however, that current constitutional provisions confer an exclusive jurisdiction over certain family law matters upon the Superior Courts and this precludes a total jurisdiction over all family law matters being vested in any court other than a Superior Court until such time as the Constitution is amended. Accordingly, under the present Constitution it would be impossible to confer a total jurisdiction in family law matters upon the existing Juvenile and Family Courts. Fragmentation of jurisdiction would necessarily ensue if the bulk of jurisdiction in family law matters were conferred upon Juvenile and Family Courts while a residual jurisdiction was reserved to courts of superior jurisdiction. This dilemma could conceivably be resolved by legislative provisions whereby the courts operating at the Superior Court level would be empowered to utilize the support services available in or to the Juvenile and Family Courts. Such a course of action would facilitate a more constructive approach to the resolution of familial conflicts but difficulties would continue due to the absence of a single court where a comprehensive solution might be sought.

Appointment of Judges

At present, the federal government has exclusive jurisdiction to appoint judges to the Superior Courts and, in the absence of constitutional amendment, it is impossible to confer a comprehensive jurisdiction over all family law matters in any court other than a Superior Court. In the event that a unified Family Court is established at the Superior Court level, it would appear desirable for the judges to be appointed after joint consultation between the federal and provincial authorities.

The Commission recommends that all Family Court judges should receive permanent appointments with security of tenure and should not be liable to dismissal except for just cause. The

Commission endorses the concept of specialization and recommends that steps be taken to ensure that judges of a unified Family Court deal exclusively with family law matters. The Commission recognizes that legislative action will be required at both the federal and provincial levels to accomplish this objective.

The Commission recommends that all judges appointed to the unified Family Court should be barristers or solicitors of not less than ten years standing and the Commission is of the firm opinion that these eligibility requirements should not be reduced, at least if the unified Family Court is established at a Superior Court level. In making appointments to the Family Court, the Commission strongly recommends that avenues for consultation be established among the concerned professions and quite possibly with members of the public. Family court judges should be drawn preferably from those in the legal profession who have had broad experience in family law matters.

The Commission further recommends that if masters, registrars or referees are appointed to assist the judges in the disposition of proceedings, they should be selected from the ranks of practising barristers or solicitors of not less than five years experience with some exposure to family law matters. Consideration might be given to their appointment as judges following a period of service as a master, registrar or referee.

If qualified persons are to be appointed to the Family Court bench, their salaries and other benefits, and the physical facilities must be attractive.

An essential part of a unified Family Court system is the existence of training programs and continuing education programs. The judges and senior support staff should be fully involved in the creation and maintenance of these programs.

It is the opinion of the Commission that at the time of appointment a judge should undergo a period of training before discharging judicial responsibilities. At regular intervals, all judges should participate in continuing education programs covering a wide range of subjects that will provide a better understanding of family conflicts and appropriate dispositions of such conflicts.

3
Procedures

Once a system of unified family courts is established, rules of practice and procedure will have to be developed to make it run effectively. The functions of support services and the means of having access to them must be regulated. So must the conduct of judicial proceedings and the method of pleading.

The Commission recognizes that each province has different needs and different resources. The status, composition and structure of unified family courts and the facilities available within them might vary considerably to reflect provincial or regional conditions. Consequently it is impossible and inadvisable to attempt to formulate a standard model or national prototype of procedural rules, even a model designed to be flexible. However, we feel that certain basic premises should be adhered to in the development of rules of practice and procedure for any unified family court. These are:

1) The rules should be worded simply and should indicate clearly the whole range of procedures from the commencement of an action to its conclusion, including the means of enforcing a judgment.

2) Procedures should be flexible and reflect the nature of the diverse problems covered by family law.

3) The rules should, where possible, provide standard forms for use in the various types of proceedings and these forms should be easily adaptable to the circumstances of each case.

4) Pleadings and procedures should stay away from the traditional adversary or fault-oriented approach.

5) Pre-trial processes should be included, designed to provide dignified means for the parties to reconcile their differences or reach amicable settlements without the need for trials.

6) Each litigant should be advised of any right to counsel and, where children are involved, an early opportunity should be provided to ensure that the child's rights are adequately protected.

7) Issues should be determined without any prejudicial delay. This is particularly significant with respect to

the placement of children, whether in custody, guardianship or adoption proceedings, or in proceedings involving child neglect or juvenile delinquency.

The Commission makes the following specific recommendations:

Pre-Trial Procedures

The rules should not be limited to traditional pre-trial procedures where the judge meets with the lawyers and attempts are made to identify and if possible reduce the areas where the issues are in dispute. While such a pre-trial conference should be part of the family court process in many cases, the Commission believes that the rules should also provide ways in which parties who have gone through the conciliation process can, having received proper legal advice, obtain a consent order from the judge without a formal hearing or trial of the issues.

Appeals

It is impossible to detail appropriate appeal procedures or structures without having first determined the status of the unified Family Court that will exercise a general original jurisdiction over family law matters. Since the status of the unified Family Court might vary from province to province, the Commission does not propose to formulate detailed recommendations respecting appeals from the unified Family Court. Certain general guidelines may, nevertheless, be endorsed.

The Commission is of the opinion that appeals from any specialized unified Family Court should lie to the appropriate appeal courts of the province and that no system of internal appeals or appeals to specially constituted appellate tribunals should be introduced.

The Commission is also of the opinion that irrespective of the status of the unified Family Court, appeals should not be by way of trial de novo (a retrial) regardless of whether the proceedings are civil, criminal or quasi-criminal in character.

The Commission believes that appeals by way of trial de novo cannot be reconciled with the concept of a unified Family Court. Their retention will increase costs, deprive the parties of

the benefits of procedures designed specifically for family matters, and undermine confidence in and respect for the Family Court. Accordingly, decisions of the unified Family Court should not involve a re-trial of the issues but should fall within the framework of general appellate procedures.

The Time Factor

The Commission is conscious of the length of time frequently involved in securing judgments from the courts with respect to many family law matters. This may indicate the careful consideration that goes into the decision-making process, whether judicial or non-judicial, but more often it reflects excessive caseloads or inadequate resources.

Cases involving child placement—custody, guardianship, wardship and adoption—reflect the worst instances of injustice and harm caused by delay. Judgments are often handed down after many months or even years, and no matter what causes the delay, a judgment ordering a change in placement can cause serious psychological injury to a child.

The placement of a child, whether with a parent, third party or institution should in our opinion be treated as an urgent matter. We therefore recommend that such proceedings receive priority, and that statutory provisions or rules of procedure be introduced to speed up dispositions, both at trial and on appeal.

Consolidation of Issues

The conferring of a comprehensive jurisdiction over family law matters on a unified Family Court will facilitate a total as distinct from a piecemeal approach to the resolution of familial problems. Rules of practice and procedure will, nevertheless, be required to promote the consolidation of issues.

The Commission recommends that rules of procedure be devised to enable all related matters to be consolidated for trial and heard by the same judge at one time. The rules should provide simple methods whereby all persons who would be affected by a total disposition of the issues may be made parties to the proceedings.

The rules should also give the court a wide discretion to admit amendments to the pleadings or supplemental pleadings or

to all parties to the proceedings where such a course of action is deemed appropriate by the court.

Publicity

We believe that legislative provisions should prevent undue publicity and promote private hearings and the confidentiality of court records. The parties, the judge and auxiliary personnel should have every opportunity to examine the total situation with a view to achieving reconciliation, amicable settlement, or the most appropriate judicial disposition. Although this necessitates some degree of privacy and confidentiality, it should not be confused with total secrecy. The public is entitled to know the way justice is administered in the courts; no court should be permitted to operate in secrecy. Constructive criticism and proposals for reform can only come from knowledge and understanding of the operations of the courts.

There exists no uniform policy in Canada with respect to these matters. Both federal and provincial legislation touch upon certain aspects of the problem. Relevant federal legislation is found in the Juvenile Delinquents Act and in the Criminal Code. At the provincial level there has been, for the most part, a piecemeal approach to the problem with different policies emerging in individual statutes.

A coherent policy to promote privacy and confidentiality can only be accomplished through federal-provincial cooperation. The Commission believes that the following guidelines should be taken into consideration:

- Proceedings in a unified Family Court should be closed to the public, subject to a discretion in the court to admit persons with a bona fide public or private interest.
- Members of the press and other news media should be permitted to attend and report upon such proceedings but their reports should not include any particulars that could lead to identification of the parties.
- Steps should be taken to ensure the publication of judicial decisions in professional journals. Despite some progress in recent years, there is a widespread ignorance of judicial decisions within the concerned professions.
- Specific regulations should be introduced to guarantee the confidentiality of court files, whether legal or

social, while facilitating the collection of relevant data to promote the more efficient and effective operation of the court and to promote necessary reform of substantive family law. The Commission believes that evaluative research should be included in any system of unified family courts.

- The same restrictions should apply on appeals from decisions of the Family Court.

4
Support Services

LEGAL SERVICES

The Commission believes that certain legal services are essential to the operation of a unified Family Court system. The guidelines which are developed in this part of the Working Paper are of necessity general in nature, but are intended to define minimum standards with respect to the provision of legal services in a Family Court setting.

The Commission recognizes that in some jurisdictions a start has been made in some or all of these matters, normally through the initiative of the judges or concerned members of the Bar.

The Commission further recognizes that conditions prevailing in each community will dictate the organization and function of legal services in the Family Court. What is essential, in the view of the Commission, is that minimum standards be established to ensure that all Canadians receive due protection of their legal rights and interests.

Lawyers for Adults

Within a unified Family Court system there must be rules of procedure and support services designed to permit every opportunity for reconciliation, conciliation and the lessening of an adversarial atmosphere.

The Commission deplores the fact that at present the rights and responsibilities of many people involved in matrimonial, familial and juvenile proceedings are frequently determined without their receiving legal advice or legal representation.

It must be recognized that the nature of particular proceedings may render it unnecessary for the parties to be legally represented and that the responsibility for advising or even representing a party might sometimes be properly delegated to trained paralegal personnel or to the auxiliary staff attached to the Family Court. Care must be taken to ensure that costly legal services are not duplicated or wasted.

It is, however, the firm opinion of the Commission that, where an issue is likely to go to trial because conflicting or competing claims require judicial disposition, each party should have the right to secure a lawyer to offer legal advice before trial and to act on his or her behalf at trial. The Commission accordingly recommends that appropriate steps be taken to ensure a right to counsel in these circumstances.

The means by which legal advice and representation are to be provided must necessarily depend upon the financial circumstances of the parties and upon the available legal resources in the particular community. The form in which legal advice and representation is made available is less important than the fact of its availability. Most important is acceptance of the proposition that lawyers should be available for the specific purpose of providing legal advice and representation to persons having recourse to the Family Court. The Commission concludes that such lawyers should be independent of the Family Court and should not be appointed to its staff.

Lawyers for Children

Where the right or interest of a child will be directly or indirectly affected by a court proceeding, the Commission recommends that consideration be given to the appointment of independent legal counsel to represent the child. The Commission recognizes that, in many instances, there will be no conflict of interest among the parties or, on the other hand, the agreement between the adult parties will provide as adequately as is possible for the child's welfare. However, the interests of a child may require separate legal representation, particularly in matters of contested custody, contested adoption, and child neglect, and, occasionally, in maintenance proceedings. It is not good enough to rely upon the judge, the parents or the parents' counsel, to act as an advocate for the child in such matters.

The Commission envisages the development of rules of procedure under which, well in advance of the trial, there will be a review of the facts in issue and an opportunity for an appropriate officer of the court to exercise a discretionary power to appoint counsel to represent the interests of the child until the matter is concluded.

Counsel for the child should be independent of the court. He should be regarded as a full participant in all matters affecting

the child and should have the same rights and privileges as the lawyers repre- senting the adult parties. He should be able to call and cross-examine witnesses and, more importantly, should have direct access to the investigative services of the court in order to provide as much relevant evidence as is possible for a proper disposition of the proceedings.

The Commission believes that statutory provisions or rules of procedure should provide for a limitation on the number of expert witnesses and social investigations. Those making the reports and, in the discretion of the court, the sources upon which they rely, must be available for cross-examination by all parties to the dispute or their counsel.

In conclusion, the Commission observes that under federal-provincial legal aid agreements in force in most provinces, counsel may be provided for juveniles in certain criminal or delinquency proceedings. The Commission sees no reason why protection should not also be afforded every child whose interests so require in civil or quasi-criminal matters. The Commission stresses that it does not envisage counsel appearing for a child in all proceedings but underlines the importance of an investigation at an appropriate point to determine whether there is or may be a conflict of interest between the child and the adults in the proceedings and whether separate counsel should be appointed to protect the interests of the child.

A Family Court Lawyer

The Commission recommends that lawyers be available in or to the Family Court, on a full-time or part-time basis.

i) to advise personnel of the intake, counselling, investigative, and enforcement services with respect to any legal problems arising in the discharge of their respective functions.

ii) to provide legal advice to those who may require it and, where necessary, to refer prospective litigants to the appropriate legal resources in the community.

Other Legal Services

The Commission is concerned about the present practice of using police, court clerks, probation officers and other institutional personnel to conduct prosecutions in criminal or quasi-criminal proceedings, including juvenile delinquency.

The Commission recommends that the appropriate federal, provincial or municipal authorities designate lawyers or crown attorneys with special competence in this area, on a full-time or part-time basis to conduct the prosecution of proceedings under the Criminal Code, the Juvenile Delinquents Act, and under provincial statutes and municipal by-laws that involve a criminal or quasi-criminal sanction.

Lawyers responsible for the prosecution of such proceedings should under no circumstances be attached to or directly associated with the Family Court.

INFORMATION AND INTAKE SERVICE

The Commission considers an Information and Intake Service to be an essential element of the family court structure.

Personnel should be engaged to deal with inquiries from individuals coming to the family court for the first time or with new problems. Their functions would include determining the nature of the problems confronting the client, providing information as to the various support services available in the community and advising on the possible courses of action open to the individual. In many cases the contact might be brief and the action recommended would involve referral to an appropriate social, medical or legal agency or professional individual.

The Commission views as a major objective of the Information and Intake Service the promotion of the resolution of family conflicts without recourse to judicial disposition. It should encourage the effective use of community resources and, where possible, should deal informally and in a remedial way with family problems before they become formalized by the institution of legal proceedings. Use of the Information and Intake Service should be voluntary and its personnel should have no discretion to prevent the institution of legal proceedings.

The Commission recognizes that the detailed organization and size of the unit, its functions, and the qualifications of its personnel may vary from province to province or even from court to court.

FAMILY COUNSELLING AND CONCILIATION SERVICES

In determining the extent to which family counselling and conciliation services should be available in or to the Family Court,

a number of factors must be considered. In their broadest dimensions, counselling services should include (i) pre-marital counselling, (ii) conciliation counselling, and (iii) post- adjudicatory counselling.

The Commission has concluded that conciliation counselling directed towards the clarification and resolution of the problems of the parties whether or not the marriage survives, should be available on a voluntary basis. The same conclusion applies to post-adjudicatory counselling. However, the provision of pre-marital counselling and clinical services should not be the direct responsibility of a family court system. The location and detailed organization of such services must primarily be determined by local conditions.

Pre-Marital Counselling

We feel that the State should encourage the establishment of adequate pre-marital counselling services. The provision of pre-marital counselling should be part of a comprehensive program of family life education. On occasion, the family court judge or another officer of the court may wish to refer a client for such counselling, for example, where an application is made for dispensing with parental consent to marry. But, in the opinion of the Commission, the Family Court should not assume a direct responsibility for providing pre-marital guidance and counselling.

Conciliation Counselling

Experience indicates that the role of the marraige counsellor must include the promotion of reconciliation between husband and wife, and where reconciliation is impossible or undesirable, counselling with a view to securing the amicable settlement of those collateral issues that must be decided when the marriage has broken down. The conciliatory role of the counsellor in attempting to resolve collateral issues is, of course, quite distinct from that of the lawyer who may be ultimately responsible for drafting a legal settlement.

The Commission is of the opinion that conciliation counselling services should be established in or made available to the Family Court. Their function should be to clarify and attempt to resolve the problems regardless of whether the marriage survives or disintegrates.

Post-adjudicatory Counselling

The Commission is of the opinion that the court counselling staff can play a useful role not only in conciliating differences between spouses before a divorce petition is referred to the iudge, but also when further issues arise, as they often do, after the divorce has been granted.

Where Should Counselling and Conciliation Services be Established?

The question may be asked whether the Family Court proper is the place for the exercise of non-adjudicatory functions. The Commission is of the opinion that a Family Court is no less a court if it utilizes preventive, diagnostic and therapeutic services and procedures in the search for solutions to family problems. But the appropriate place for locating counselling nd conciliation services may and probably will vary substantially according to local conditions.

It is obvious that any court counselling and conciliation services must not duplicate existing community resources but rather complement them. The Commission concludes, however, that community services cannot be exclusively relied upon to satisfy the needs of persons who come to the Family Court. The Commission accordingly recommends that adequate counselling and conciliation services should be guaranteed to such persons, and that local conditions should determine whether these services are to be established within the court itself, or in special clinics or departments, or secured by a system of purchase of services.

Innovative procedures, such as the use of mobile clinics, regional health centres and volunteers, should be developed in order to provide a high quality of service accessible to rural as well as urban centres.

The Commission firmly believes that the Family Court should not become a "family clinic" with a judicial arm attached as the ultimate means of disposing of family problems. This would threaten the viability of such a court from the outset. The Commission nevertheless recognizes that conciliatory counselling on a short-term basis by the support staff of a Family Court may be necessary and desirable in the search for an alternative to judicial disposition of conflicting claims.

The Commission further recommends that consideration be given to establishing "community clinics" independent of the Family Court, to provide an inter-disciplinary therapeutic approach to the resolution of family and personal problems.

The Commission is of the opinion that any decision to use the counselling or conciliation services within or available to the Family Court should rest with the individuals concerned. The Commission opposes mandatory counselling. But, facilities should be available to interested persons when desired and their existence must be made known to actual and potential litigants by aggressive and imaginative means.

The Commission also believes that the availability of counselling and conciliation services must not be allowed to foster delay or prejudice the legal rights of any person. This does not mean, however, that rules of procedure should not be designed to encourage recourse to counselling or pre-trial confereces with a view to settling disputed issues.

There is little reliable information on the types, extent, cost and effect of family counselling and conciliation services. The Commission favours the provision of such services and recommends the institution of pilot projects to test the demand and need for these services and their effectiveness and cost.

CLINICAL SERVICES

The Commission has considered whether clinical services including physicians, psychologists, and psychiatrists should be attached to the court in order to undertake clinical examinations or advise the Information and Intake Services, other support staff, or ultimately the judge.

It is our opinion that clinical services should not be attached to the Family Court although it is vital to ensure that such facilities are available to the Court, on demand, in appropriate cases. For example, access to such facilities should be guaranteed to the court where a clinical diagnosis is required to assist in the judicial disposition of particular proceedings.

INVESTIGATIVE SERVICES

There are strong arguments in favour of providing investigative services designed to assist the judge in arriving at his decision.

These arguments raise the following questions:

1. Are investigative services desirable and, if so, in what circumstances should an investigation be undertaken? Should investigation be mandatory and universal in all or any types of proceedings or should it lie in the discretion of the court?
2. To what extent should investigative reports be made available to affected parties or their counsel? Should an opportunity for cross-examination of the investigator or of his sources of information be available?
3. To what extent should hearsay evidence be admissible by way of an investigative report?
4. Should an investigator have access to Family Court intake files or to the files of a counsellor who has attempted to reconcile the parties or conciliate their differences?
5. Should investigative services be attached to or separate from the court?

The use of the probation service to prepare pre-sentence reports in juvenile delinquency proceedings is already well established in Canadian courts and the use of investigative reports in custody, adoption, wardship and neglect proceedings is also a common practice in Juvenile and Family Courts and in County or District Courts.

In examining the prospective role of investigative services, it may be necessary to distinguish inter-spousal proceedings from those primarily confined to matters affecting children. In the former context, and more specifically in relation to divorce and nullity proceedings, the Commission concludes that investigative services should not be used to substantiate or vitiate allegations of either party respecting the grounds for relief, although such services could possibly be relied upon to expose fraud or an abuse of the judicial process.

There may be, however, a need for independent appraisal of the means and needs of the respective spouses where a claim for inter-spousal maintenance is included in divorce or nullity proceedings. The traditional use of adversary procedures to determine the means and needs of the parties in such proceedings is frequently time-consuming and, more importantly, may fail to indicate the true state of affairs. The court should be empowered to

order an independent investigation and report of the financial circumstances of the parties prior to disposition of the issue of maintenance or the enforcement of an existing order. Such a power would not be indiscriminately exercised; procedural amendments such as a revision of the form of the divorce petition could more appropriately go far in securing relevant financial information on maintenance. Substantial advantages could also be achieved by the passage of legislation empowering the court to require an employer to furnish a written certificate of wages or salary that would be admissible in evidence on the issue of maintenance. The court could also be empowered to require the disclosure of any relevant information contained in the records of the Unemployment Insurance Commission or any government agency. Such disclosures would be relevant not only in determining the financial circumstances of the parties but also in tracing a spouse who had abandoned family dependants.

It has already been observed that investigative services are presently relied upon to some extent in custody proceedings. There appears to be a consensus of opinion favouring the use of investigative services and reports in custody proceedings. Such reports provide objective information which should be of material assistance to the judge. It is not considered that the investigative services would prepare a report in all cases but, as is already the practice in certain jurisdictions, the judge should have discretion to request one.

The court should be statutorily empowered to order an investigation and report for the purpose of determining the custody of children in inter-spousal proceedings; the use of such investigative procedures should fall within the discretion of the Court and should not be mandatory or universal. Adequate personnel to make such investigations and reports must be available to the Family Court.

Although emphasis has been placed on the use of investigative services in matrimonial proceedings involving claims for maintenance or custody, it may well be that such services will be useful in the disposition of a wide range of other matters within the jurisdiction of the unified Family Court.

It is now appropriate to consider the role of investigative services in neglect or delinquency proceedings and intra-familial criminal proceedings. In recent years, a growing body of opinion in North America has favoured two separate hearings in such proceedings, the first being adjudicatory (to decide the issues) the second being dispositional (to decide how to deal with them). With

respect to such bi-partite proceedings, it is generally conceded that the court should not consider or examine investigative reports at the adjudicatory hearing but that such reports should be available to the court in any subsequent dispositional hearing. The Commission endorses the concept of separate adjudicatory and dispositional hearings in proceedings involving juvenile delinquency, neglect and intra-familial crimes and concludes that investigative reports should not be submitted to the court or be admissible in evidence at an adjudicatory hearing but should be available and admissible, if the court so orders, at a dispositional hearing.

Reliance upon investigative reports poses difficult problems in a search for a balance between the need for confidentiality and the rights of affected parties to have access to and question the validity of evidence. Practices respecting the confidentiality or disclosure of investigative reports vary considerably. They range from extending full rights to the parties to inspect the report and subject its authors to cross-examination, to the withholding of reports at the discretion of the judge. It is said that the latter practice enables judges to arrive at decisions on the basis of evidence never submitted to scrutiny and, if lawyers representing the parties are denied access to such reports, their capacity to effectively protect the interests of their clients is substantially reduced.

Such dilemmas are not easily resolved. The use of investigative reports brings before the judge information which may be of considerable assistance in deciding such questions as custody, access, or support rights and obligations. At the same time the content of these reports might inflict psychological harm on the parties if disclosed to them, or could discourage the giving of information by sources who might later be identified.

The Commission concludes that investigative reports should be made available to the lawyers of the parties or, if the parties are unrepresented by counsel, then to the parties themselves. The Commission further concludes that the authors of reports should always be available for cross-examination and that, in the discretion of the judge, persons constituting the primary sources of the information contained in the investigative reports should also be available for cross-examination.

The Commission has already emphasized the need to distinguish between the use of investigative reports in adjudicatory and in dispositional hearings. When reports are used in a dispositional hearing, it is generally conceded that the infringement

of the hearsay rule is legitimate provided the affected parties or their counsel have an opportunity to examine the report and cross-examine the investigator or his sources of information.

The Commission is of the opinion that if disclosures at intake and during counselling are to be full and frank, confidentiality must extend to all statements or communications made. The Commission accordingly concludes that investigative services should be denied access to intake files or to the files of counsellors who have attempted to reconcile the parties or conciliate their differences.

Diverse views have been expressed as to whether investigative services should be attached to, insulated from, or isolated from the Family Court. There appears to be general agreement, however, that a substantial measure of control over investigative services must vest in the court and that the immediate availability of investigative and diagnostic services to the Court must be guaranteed.

The Commission believes that there is no need to insulate or isolate investigative services from the court and concludes that the apparent objectivity of an investigation or investigative report is more effectively guaranteed by right of scrutiny and cross-examination being afforded to the parties or their counsel than by any physical segregation of investigative services from the court. It does not follow, however, that all investigative services, including diagnostic clinical services, should be attached to the court. In deed, investigations in proceedings involving adoption, wardship and neglect cases are currently undertaken by child welfare authorities within the various provinces and, there is probably little to be gained by centralizing such investigations in the Family Court.

YOUTH AND PROBATION SERVICES, INCLUDING AFTER CARE SERVICES AND DETENTION AND OBSERVATION HOMES

Judges who dispose of matrimonial, familial and juvenile proceedings have a narrow range of options from which to choose. This is due to the inadequacy of facilities and the lack of coordination between those responsible for the administration and development of youth and probation services, after care services, detention and observation homes, group homes and foster parent programs.

The Commission recognizes the financial costs involved in the development of these services and facilities but concludes that they must be available to the Family Court.

ENFORCEMENT SERVICES

A major problem facing the individual who receives a court order in his favour is how to enforce it. How does the wife who has gone to court and obtained a maintenance order against her husband actually get the money? What happens when a court has made a custody order but a parent disobeys the order and refuses to give up the child?

The law provides certain legal remedies including the forced sale of goods or land, the attachment of wages, and the threat of jail to enforce orders that are ignored. But the availability of these and other legal remedies does not necessarily resolve the practical problem of putting bread on the table and a roof over the head of family dependants, nor does it necessarily result in the surrender of a child who is being held by a parent in defiance of an order of the court. Often the person who has a court order is left to fend for himself or herself so far as enforcement of the order is concerned. This creates an impossible situation since he or she is usually ignorant of the diverse legal remedies available and of the means of invoking them. His or her problems are compounded not only by the diversity of remedies but also by the fact that different remedies cannot be invoked in any one court. The type of remedy relied upon may itself determine which of several courts must be resorted to in order to secure enforcement of the order.

It is well known that many court orders regulating family matters, and particularly orders for maintenance, go unheeded. It

is estimated that some degree of default with respect to obligations arising under maintenance orders occurs in as many as 75 per cent of all orders. Such a high rate of default results in considerable public expenditures by way of welfare assistance.

Lawyers are frequently unable or unwilling to institute enforcement proceedings, particularly where difficulties are encountered in tracing the whereabouts of the missing spouse or parent or where the legitimate cost of legal services is disproportionate to the amount that will be realized by enforcement of a maintenance order. In most jurisdictions, the courts themselves assume no primary responsibility for ensuring that their orders are complied with. Accordingly, for all practical purposes, a court order is often worth no more that the paper it is written on.

The Commission has examined the various options available to it for solving these problems. We are not content to leave the resolution of enforcement problems to the traditional means provided by the law. It is obvious that unless concrete steps are taken to provide services for enforcing court orders in matrimonial or familial proceedings, the obligations arising under such orders will not be fully discharged and the intent of the law will be frustrated.

The Commission is of the opinion that a unified Family Court should assume a more substantial responsibility for securing the enforcement of orders of the court. This could be done through auxiliary services. Certain procedures could be quickly implemented in the Canadian provinces and territories, without any undue imposition of strain on the existing judicial and legal process or on existing welfare services. These procedures would include the establishment of enforcement services as an integral part of the Family Court system.

Details with respect to the operation of enforcement services and the qualification of personnel must be worked out according to local conditions. However, the Commission stresses that such services must be included if the family court system is to operate effectively. It is envisaged that the functions of enforcement services would include:

- Receipt and disbursement of moneys paid under court orders;
- Maintenance of records and accounting systems to ensure an up-to-date picture of the status of court orders;
- Appropriate action to ensure that any default is explained, and where necessary, to ensure that the default is made good;

- Development of an effective system of tracing the spouse or parent who has disappeared.

Although special attention has been directed to the enforcement of maintenance orders, the Commission wishes to make it clear that the jurisdiction of any enforcement services established in a Family Court could and presumably would extend to the enforcement of other types of orders.

The Commission recommends that enforcement personnel attached to the Family Court assume the primary responsibility for ensuring due compliance with court orders.

In the event that enforcement services are established in the Family Court, consideration must be given to the qualification of the personnel. Much of the responsibility for securing the enforcement of maintenance obligations should be assumed by trained para-professionals and the enforcement role should not fall upon the professional counsellor or legal staff except in circumstances where their respective professional skills or advice are essential to the resolution of the issue.

We envisage that the investigative services might assist the court in its determination of the appropriate amount of maintenance and that the enforcement services should assume some responsibility for ensuring due compliance with any maintenance order granted. The respective roles of the investigative and enforcement services must not be unduly compartmentalized and a high degree of cooperation between these services must be established in order to avoid conflict of jurisdiction or duplication of effort.

For example, if a maintenance order is in default, it may be necessary to "investigate" in order to determine whether the order should be "enforced" or whether variation of the order is warranted by the circumstances of the particular case. The need for effective cooperation between the two units is self-evident.

Effective cooperation and lines of communication must also be established between the enforcement services on the one hand and the administrative, accounting, and legal services on the other.

FUNDING OF SUPPORT SERVICES

The Commission recognizes that the provision of support services referred to in this Working Paper is essentially a matter of provincial concern.

At present, there are cost-sharing arrangements between the federal and provincial authorities whereby many services are provided by the provinces with the assistance of federal financial contributions.

To provide adequate support services in a system of unified Family Courts will require considerable expenditure of public funds for salaries, training programs, and facilities. The Commission urges the federal government to accept a substantial responsibility in the financing of such services. Only with substantial federal financial support can a reasonable standard of service be made available to all Canadians regardless of geographic location. The Commission recommends that the federal government initiate discussions with the provinces with a view to developing appropriate cost-sharing arrangements at the earliest possible time.

Concluding Note

It is customary, in papers such as this, to provide a summary of conclusions and recommendations. This Working Paper, however, must be seen as a summary in itself, with conclusions and recommendations expressed or implied throughout. It represents only an outline and guideline to specific action. It is directed to the public, the professions, government bodies and interested groups, in an effort to secure comments that will influence the Law Reform Commission in its ultimate course of action.

With the benefit of a positive public response the Commission will be in a position to embark upon a program of seeking implementation of the concept of unified Family Courts.

We reiterate that unified Family Courts will not be a panacea for all family problems. They will contribute, however, to the constructive resolution of family conflicts in treating them comprehensively and not on a piecemeal basis.

It is probable that any system of unified Family Courts would evolve over a substantial period of time but this evolution must not forestall immediate action in areas of urgent concern.

le tribunal de la famille

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail nº1

le tribunal de la famille

Janvier 1974

©

Information Canada
Ottawa, 1974
Nº de cat.: J32-1/1-1974

AVIS

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires, critiques et suggestions faites dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire, avant le 1er juin 1974, à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit
du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

William F. Ryan, c.r., commissaire à plein temps

Dr. J.W. Mohr, commissaire à plein temps

Me Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Me John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

Le personnel de recherche sur le droit de la famille

Julien D. Payne, LL.B., directeur

F. Murray Fraser, B.A., LL.B., LL.M.

Terrence J. Wuester, B.A., M.A., J.D., LL.M.

Ronald Fritz, LL.B., LL.M.

Leslie Katz, B.A., LL.B.

Les conseillers

M. le juge David M. Steinberg, Cour provinciale, division de la famille, Hamilton

Philippe Garigue, professeur, Département de sciences politiques, Université de Montréal

Norman Bell, professeur, Département de Sociologie, Université de Toronto

Table des matières

Introduction 1

Les problèmes 5

1. Le morcellement des compétences 7
2. Les philosophies et procédures contradictoires des tribunaux 11
3. L'absence de services complémentaires spécialisés 19
4. Le relevé et l'analyse des données statistiques et sociales 21

Les solutions suggérées 23

1. Les limites de la compétence 25
2. Le statut du tribunal 27
3. Les procédures 35
4. Les services complémentaires 41
   - Les services juridiques 41
   - Le service d'information et de réception 43
   - Les services d'orientation et de conciliation familiale 44
   - Les services cliniques 47
   - Les services d'enquête 48
   - Les services de jeunesse et de probation, y compris les services postérieurs au placement et les maisons de détention et d'observation 52
   - Les services d'exécution 52
   - Le financement des services 55

Conclusion 57

Introduction

La Commission de réforme du droit du Canada invitait, il y a déjà deux ans, les citoyens du pays à participer aux choix des sujets qui devaient faire l'objet de son premier programme de recherches. La réponse du public nous a permis de constater l'intérêt manifeste pour "les lois de la famille", tant par le nombre des réponses que par la diversité des causes de mécontentement. Pour certains ce fut la lourdeur des procédures ou encore la carence des services complémentaires; pour d'autres, l'impertinence des règles, même fondamentales, parce que trop déphasées par rapport à la famille en perpétuel devenir. Conséquemment, la Commission décida d'inscrire le "droit de la famille" à son premier programme et de lui accorder une place parmi ses préoccupations prioritaires.

Les règles de fond du droit de la famille touchent à plusieurs sujets tels le mariage, le divorce, l'entretien des personnes à charge et la responsabilité de l'éducation des enfants, pour n'en nommer que quelques-uns. Ces questions relèvent de diverses lois, fédérales ou provinciales. La Commission n'ignore pas qu'une remise en question du rôle que devrait jouer la loi par rapport à l'existence même du mariage et des liens familiaux, et leurs modalités, s'est amorcée il y a déjà quelque temps et se poursuivra vraisemblablement pendant quelques années encore. De cette activité jailliront sûrement des volontés de réforme qui donneraient possiblement aux lois une impulsion, un rôle, et des secteurs fort différents de ceux que nous leur connaissons.

Il s'agit donc, de tout évidence, d'une activité qui déborde largement le droit. Néammoins, il n'était pas question pour nous de laisser pour cela les règles de fond en jachère. La Commission a déjà mis et mettra bientôt davantage à contribution plusieurs secteurs de la société, dont plus particulièrement les sciences de l'homme, et procède présentement à des études préliminaires de ces domaines dans leur dimension juridique. Si la direction définitive que prendra la famille n'est pas encore suffisamment certaine pour justifier, dès maintenant, des propositions de réforme en profondeur des règles de fond du droit de la famille, il en est autrement de ses règles de forme dont, entre autres, celles touchant à l'organisation des tribunaux de la famille.

La proposition visant à l'établissement d'un tribunal ayant une juridiction intégrale en droit familial est une première étape logique vers la solution d'un besoin urgent et connu depuis longtemps. Dans ce domaine, les problèmes sont d'autant plus clairement identifiables et leurs éventuelles solutions acceptables que

le caractère adjectif de leur cadre véhicule que très peu de conflits de valeurs.

De nombreuses idées et propositions formulées dans ce document de travail n'ont rien d'original et ont d'ailleurs au cours des années fait l'objet d'interventions de la part du public, de commissions de réforme de droit et de représentants d'organismes professionnels. Paradoxalement, c'est précisément la source des problèmes des tribunaux traitant de la famille, soit l'éparpillement des compétences, qui se perpétue en devenant le principal obstacle à toute mesure corrective efficace. Par conséquent, il a fallu que la Commission de réforme du droit du Canada se penche sur ce problème, même si elle reconnaît que l'organisation des tribunaux de la famille relève directement des provinces et que la plus grande part de la mise en oeuvre des solutions leur incomberait. La réforme et la modification des services judiciaires ne peuvent s'effectuer que si les autorités fédérales et provinciales collaborent.

La Commission n'a pas seulement l'intention de publier un document de travail sur la nécessité d'une réforme; elle a également l'intention d'étudier dans le concret les moyens par lesquels ses propositions pourraient être mises en oeuvre.

Ce document est distribué aux membres intéressés du public dans le but de les renseigner. Il n'a rien de technique, même si nous n'avons peut-être pas toujours pu éviter le "jargon juridique". Le document veut d'abord aider le lecteur à comprendre les problèmes actuels et stimuler le débat sur les solutions possibles. Il sera distribué sur une grande échelle de façon à susciter la réaction des professions et des membres du public.

Afin de fournir à la Commission les données essentielles et les renseignements suffisants à la préparation du présent docment de travail, trois études importantes ont été entreprises:

- un analyse conceptuelle du tribunal ayant une juridiction intégrale en droit familial;
- un analyse de la philosophie, de la politique, des structures et du fonctionnement des tribunaux qui desservent présentement la famille;
- un sondage d'opinions auprès des juges au Canada sur la façon dont les questions de droit familial sont ou devraient être traitées par les tribunaux.

Ces études préliminaires de plus de mille pages ont déjà fait l'objet d'une distribution restreinte.

Dans ce document de travail, nous abordons d'une façon simple, mais, espérons-le, pratique, des problèmes qui existent

par tout le pays mais qui exigent, pour être résolus, l'intervention des deux ordres de gouvernement. Les problèmes familiaux ont trop longtemps été ignorés par la loi et la profession juridique. Les procédures et les règles de pratique traditionnelles se prêtent mal à la solution des problèmes actuels. Il faut dès maintenant affecter les sommes nécessaires à la mise sur pied des services qui permettront aux familles de régler leurs différends dans la dignité et sans trop de frais. Les services juridiques et les autres services complémentaires appropriés devraient être mis à la disposition de tous ceux qui ont des intérêts à protéger dans un litige.

Dans ses conclusions et recommandations, la Commission a voulu maintenir une attitude flexible, et ce, pour deux raisons: premièrement, parce que la mise en application de ses conclusions peut varier selon les conditions locales, elle n'a pas voulu présenter un plan détaillé; deuxièmement, comme elle prévoit des propositions de réforme en profondeur dans le domaine du droit substantif de la famille, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, elle a préféré présenter des modèles qu'elle espère suffisamment souples pour être mis en application sans trop de difficultés et s'adapter aux changements qu'il est raisonable de prévoir au cours des prochaines années.

Le succès de la mise en application de ce qui n'est encore qu'un modèle pourrait dépendre de divers projets-pilotes ayant pour but de déterminer les besoins des différentes régions et de mettre à l'épreuve la meilleure façon de fournir les installations et les services. La Commission s'engage à seconder la mise sur pied et le fonctionnement de ces projets-pilotes, et plus particulièrement le relevé et l'analyse de données qui en proviendront.

Amender les compétences dans un seul tribunal et lui intégrer tous les services complémentaires appropriés ne règlera sûrement pas tous les problèmes; mais au moins, ce tribunal aura à sa disposition un arsenal de pouvoirs et de moyens qui lui permettront de solutionner des problèmes en tenant compte de tous ceux de leurs aspects qui sont interdépendants.

Les problèmes

1
Le morcellement des compétences

Il n'existe pas au Canada de tribunal de la famille ayant une juridiction intégrale en droit familial. Il s'ensuit que les personnes se trouvant aux prises avec des problèmes de relations familiales doivent en chercher la solution en plus d'un endroit et recourir à plus d'une procédure. Ce système — ou cette absence d'un système — comporte plusieurs inconvénients.

Désespoir, confusion et frustration

Ce qui suscite le plus d'émoi dans l'état actuel des choses, c'est le désespoir, la confusion et la frustration de ceux qui sont aux prises avec le système. Il ne devrait pas être nécessaire, ni même possible, de demander à un tribunal une pension alimentaire, par suite de l'abandon du foyer conjugal, à un autre tribunal la garde des enfants, à un troisième, la tutelle ou l'adoption, et à un autre encore le divorce. Aux yeux du public, il devrait être possible de confier à un seul tribunal la tâche de se prononcer sur toutes les questions juridiques découlant des litiges matrimoniaux ou familiaux. Le public attend peut-être beaucoup plus d'un tribunal de la famille, que ce que les tribunaux judiciaires même modifiés pourraient offrir; en effet, aucun mécanisme juridique ne saurait régler tous les problèmes que pose la rupture des liens du mariage ou de la famille. Toutefois, en mettant de l'ordre dans le labyrinthe des compétences qu'on connaît aujourd'hui, on ferait un pas dans la bonne voie.

Chevauchement des compétences

Dans certaines provinces, il y a parfois jusqu'à cinq tribunaux différents qui se penchent sur les problèmes familiaux. Le morcellement et le chevauchement des compétences existent plus particulièrement dans les domaines de la garde des enfants, de la tutelle, de l'adoption, de l'entretien et du divorce. Il y a donc nécessairement duplication des efforts et, parfois, incompatibilité des décisions.

Le morcellement des compétences donne des fois la possibilité de choisir sa cour. Ainsi, un tribunal où s'appliquent des règles et procédures plus strictes, peut comporter plus d'attraits pour le plaideur qui a le choix entre celui-ci et un autre où règne une atmosphère détendue et conciliante. Ce choix peut influencer

l'issue de la cause et, en conséquence, produire des résultats qui ne favorisent pas les meilleurs intérêts des parties et de la justice. En certains cas, des actions intentées devant un tribunal de la famille par un des plaideurs ont fait l'objet d'une opposition par la partie adverse, qui a intenté devant un tribunal d'instance supérieure une action portant sur la même question.

Les frais

Le morcellement des compétences entraîne souvent une duplication des efforts de la part des juges, des avocats, des témoins, des fonctionnaires judiciaires ou des parties elles-mêmes. Naturellement, cette situation entraîne des frais additionnels. En conférant à un seul tribunal une compétence exclusive en matière de droit de la famille, on contribuerait à réduire le coût des services juridiques qu'encourt le justiciable. Mais un système efficace de tribunaux de la famille offrant des services complémentaires ne réduirait pas nécessairement les déboursés de l'Etat.

Impuissance des tribunaux à considérer le problème dans sa totalité

L'obligation qu'ont les parties de se présenter devant des tribunaux différents pour trouver remèdes aux divers aspects d'un même problème déporte presque toujours le problème de son contexte et trop souvent isole le juge de la réalité; il n'est pas étonnant alors que trop souvent les décisions rendues ne satisfassent guère.

Certaines provinces en créant des tribunaux de l'enfance et de la famille ayant une compétence limitée ont innové davantage en y rattachant un service d'orientation et d'autres services complémentaires. Quant aux règles de procédure des cours supérieures, et, dans une moindre mesure, celles de la plupart des cours de comté et de district, elles sont plus strictes et fonctionnent selon un système qui est fondé sur le fait que les parties s'affrontent devant un juge comme des adversaires; de plus, les services complémentaires brillent souvent par leur absence ou sont inaccessibles.

La Commission reconnaît cependant que cette différence de philosophie et de procédure n'est pas toujours et partout présente ou encore aussi marquée; elles tiennent souvent beaucoup plus de la nature du litige et de l'attitude du personnel du tribunal que du niveau hiérarchique de celui-ci.

La Commission considère que pour régler les conflits familiaux, il faut des procédures spéciales, destinées à permettre aux individus de concilier ou de règler leurs différends, et le cas échéant, de bénéficier d'une assistance. En conséquence, le règlement des conflits familiaux, en particulier de ceux qui affectent les enfants, nécessite des modifications au système contradictoire traditionnel. On ne saurait laisser aux avocats la responsabilité exclusive de la réconcilation des parties et du règlement des autres problèmes qui les affectent.

Mépris pour les tribunaux et la loi

Les parties, souvent soumises à des tensions émotives très fortes, recherchent une façon simple, digne, de régler leurs problèmes dans un délai raisonnable. Un système judiciaire que ne peut leur rendre ce service s'aliène les justiciables et perd presque toute sa crédibilité.

Conclusion

Il n'est pas logique de conférer à plus d'un tribunal les compétences en matière de droit de la famille. Certains soutiennent que les questions "les plus importantes" devraient être tranchées par les juges des tribunaux d'instance supérieure, car ils seraient mieux qualifiés et plus compétents pour se prononcer sur des questions de droit particulièrement épineuses. Les questions "plus triviales et plus courantes" devraient relever des tribunaux d'instance inférieure. Mais comment faire le partage des questions "importantes" et des questions "courantes" dans le domaine du droit de la famille? Aux yeux des parties, tout importe! Les juges des tribunaux d'instance supérieure sont-ils particulièrement qualifiés, à l'heure actuelle, pour règler les problèmes familiaux délicats? Ces juges ont-ils à leur disposition les services complémentaires spécialisés requis pour résoudre pareils problèmes?

La Commission est pleinement consciente des difficultés constitutionnelles que présenterait le fait de conférer une compétence intégrale en droit familial à un tribunal autre qu'un tribunal de juridiction supérieure. Toutefois, elle estime que les obstacles constitutionnels ne devraient pas entraver l'établissement d'un tribunal de la famille qui serait à la fois moderne et efficace. Par conséquent, la Commission se prononce en faveur de l'établissement d'un tribunal à compétence intégrale et estime que toutes les mesures appropriées, même les modifications constitutionnelles, le cas échéant, devraient être prises à cette fin.

Cela ne veut pas dire que les différentes provinces devraient nécessairement mettre sur pied des tribunaux de la famille identiques à tous points de vue. Cela ne veut pas dire non plus que des correctifs partiels ne pourraient être, entretemps, envisagés en attendant que l'ensemble du mécanisme judiciaire n'ait été réorganisé. Il est évident que des améliorations immédiates sont nécessaires dans bien des secteurs et qu'elles ne sauraient attendre le temps inévitablement requis pour effectuer une réorganisation en profondeur des tribunaux.

2
Les philosophies et procédures contradictoires des tribunaux

La compétence des tribunaux en matière matrimoniale et familiale est morcelée dans toutes les provinces. A ce partage des compétences s'ajoutent les différences qu'on retrouve, d'un tribunal à l'autre, dans leur fonctionnement, leurs procédures et leurs philosophies. Ces différences sont encore plus marquées dans celles des provinces qui ont créé des tribunaux de la famille ayant une compétence spéciale et restreinte. C'est pourquoi nous croyons qu'il est opportun de pousser plus loin l'analyse du fonctionnement de ces tribunaux de la famille ainsi que celui des tribunaux supérieurs, du moins, quant à ceux-ci, compte tenu et dans la mesure où ils exercent une juridiction en droit familial.

LA COUR SUPÉRIEURE

Compétence

Dans toutes les provinces, les cours supérieures disposent d'un nombre considérable d'affaires criminelles et civiles. Les causes civiles sont celles dans lesquelles un individu fait valoir un recours contre un autre individu. Elles comprennent les actions en dommages-intérêts, par exemple, les réclamations découlant d'accidents d'automobiles, les litiges portant sur des biens, les réclamations découlant de l'inexécution d'un contrat et certains litiges familiaux. Le juge de la cour supérieure a donc compétence en une foule de domaines disparates, dont le droit de la famille.

Les procédures dans un système contradictoire

Les règles de preuve et de procédure du système contradictoire qui régissent les litiges portant sur les délits, sur les biens et sur les contrats ont été appliquées aux questions familiales, sans aucune distinction et sans tenir compte des conséquences possibles. La Commission reconnaît que si tout autre tentative a échoué, un juge doit être appelé à trancher la question, mais elle croit que, de façon générale, le système contradictoire importe à la solution des problèmes familiaux une dimension rituelle qui n'y a pas sa place. Il faudrait donc prévoir des modifications à la procédure fondamentale, et ce, surtout lorsque des enfants sont en cause. Le système actuel ne leur fournit aucune protection: ils ne sont pas représentés par un avocat et le tribunal n'est pas toujours suffisamment renseigné par les parties pour trouver la

solution qui tienne pleinement compte des intérêts de l'enfant. Ils deviennent souvent "négociables", sont des fois ballottés ou troqués au gré de leurs parents et deviennent plus souvent qu'autrement les principales victimes du conflit.

Les désavantages que comporte le système contradictoire peuvent en partie être attribués au fait que la loi met l'accent sur la notion de faute sur laquelle repose les recours matrimoniaux et familiaux. La Commission estime toutefois que la simple abolition de la notion de faute ou du délit, sans changements concomitants dans la procédure et la pratique, qui refléteraient une méthode de nature moins contradictoire, n'éliminerait pas la plupart des difficultés actuelles.

Les services auxiliaires

Le système contradictoire et la notion de faute entravent la réconcilation et le règlement des conflits entre époux ou entre parents.

Fait significatif, la cour supérieure fait rarement appel à l'aide d'organismes communautaires pour tenter d'amener la réconciliation des parties ou d'encourager un règlement à l'amiable. Les services d'orientation, d'enquêtes ou autres services complémentaires spécialisés sont rarement mis à contribution par ces tribunaux. Au mieux, on les utilise à l'occasion lorsqu'il s'agit de décider de la garde d'enfants dans une procédure de divorce, et ce peut-être parce que, dans certaines provinces, les règles de pratique de la cour ou l'attitude des tribunaux d'appel l'exigent ou le conseillent fortement.

Accessibilité du tribunal

Dans la plupart des provinces, l'administration de la justice oblige les juges de la cour supérieure à visiter régulièrement dans une durée de temps limitée certaines villes et localités, afin d'entendre des causes et des requêtes. C'est ce que l'on appelle le système de cours de circuit. Pour des litiges familiaux, ce système comporte de sérieuses lacunes. D'abord, le juge doit, la plupart du temps, entendre un nombre important de causes concernant une variété de questions civiles, dont certaines touchent au droit de la famille. Le juge disposant d'un temps limité, il se peut que la décision ou le règlement se fasse sans le secours de renseignements suffisants ou que la cause ou requête soit ajournée jusqu'à une visite subséquente, auquel cas ce sera probablement un autre juge qui en sera saisi.

De plus, pour que les litiges familiaux soient réglés d'une façon efficace, il faut que le tribunal soit disponible en permanence. Lorsque les circonstances changent, comme il arrive souvent dans une crise familiale, les parties devraient pouvoir demander, sans délai, à un juge d'étudier la nouvelle situation et, le cas échéant, de modifier l'ordonnance initiale. Or, de toute évidence, les parties n'ont pas la possibilité de le faire dans le système de cours de circuit.

Les frais

Les frais judiciaires et autres découlant d'une action devant la cour supérieure sont importants et beaucoup plus élevés que ceux qu'entraînerait une audition devant les tribunaux de la famille. Si aucune aide juridique n'est disponible, ces frais peuvent s'avérer prohibitifs, particulièrement dans les procédures contestées. Par conséquent, des questions pertinentes auxquelles on devrait normalement s'arrêter seront laissées de côté.

Qualités et formation des juges

Les juges des cours supérieures de toutes les provinces sont nommés par le cabinet fédéral. Ils doivent avoir pratiqué le droit pendant au moins dix ans. La plupart ont une vaste expérience mais peu connaissent à fond le droit de la famille. Cela se comprend, si l'on considère que ce n'est que récemment que ce domaine du droit a obtenu ses lettres de noblesse au sein de la profession légale. Auparavant, pour des raisons économiques ou autres, comme la nature émotive des conflits familiaux, les avocats s'intéressaient peu au droit de la famille, à l'exception du divorce. De fait, l'avocat spécialisé dans les divorces ne jouissait d'aucun prestige particulier; à cet égard, le fait que l'on parle davantage, de nos jours, "d'avocat spécialisé dans les questions familiales" reflète un changement fondamental d'opinion tant dans l'esprit du public que dans celui des membres de la profession juridique. Au cours des dernières années, les jeunes avocats ont de plus en plus apprécié et compris le rôle important de l'avocat dans le règlement des litiges familiaux. Dans certaines provinces, l'existence d'un régime d'aide juridique a largement contribué à accroître le nombre d'avocats dans ce domaine, mais, même en l'absence de pareil régime, les avocats en sont venus à reconnaître qu'ils devaient conseiller et aider les gens en la matière. Il n'en demeure pas moins qu'une vaste majorité d'avocats connaissent peu le droit de la famille et se sentiraient hors leur élément s'ils avaient à régler les

problèmes que celui-ci pose. En conséquence, la plupart de ceux qui accèdent à la fonction de juge à la cour supérieure n'ont pas une grande expérience des questions de droit de la famille et ne sont pas en mesure de les discerner.

A ces difficultés vient s'ajouter le fait que les juges de la cour supérieure ne reçoivent pas une formation suffisante en ce domaine. Même si les nouveaux juges peuvent se faire aider par leurs collègues, il n'en demeure pas moins qu'ils entreprennent leurs tâches avec très peu de direction ou sans en recevoir aucune. De plus, il n'existe aucun programme de formation permanente à l'intention des juges de la cour supérieure.

LES TRIBUNAUX DE LA FAMILLE

Philosophie

Le tribunal de la famille découle de la même philosophie que celle qui présida à la création de la cour juvénile au début du vingtième siècle. Le tribunal de la famille fut conçu en vue d'encourager le recours à des méthodes préventives et thérapeutiques, visant à résoudre d'une façon constructive les problèmes familiaux. Ceci supposait la mise en place de mécanismes permettant la consultation de services d'orientation ou d'autres services complémentaires qui s'ajoutaient aux mécanismes judiciaires traditionnels. Un personnel spécialisé dans les domaines de l'orientation, des enquêtes et de l'administration devait être affecté au tribunal.

Services auxiliaires

Au Canada, l'évolution des tribunaux de la famille fut marquée de différences importantes d'une province à l'autre et même à l'intérieur de chaque province. Certaines provinces n'ont aucun tribunal de la famille, alors qu'en d'autres le personnel et les services mis à la disposition du tribunal de la famille sont nettement insuffisants. Seuls les centres urbains d'une certaine importance disposent d'un personnel spécialisé chargé d'aider les juges à décider des litiges.

Compétence

Les tribunaux canadiens de la famille ne sont pas des cours supérieures et leur compétence, bien qu'étendue, est soumise à certaines limitations constitutionnelles; en effet, en vertu de ces dernières, certaines questions de droit de la famille relèvent

exclusivement des cours supérieures. Au cours des dernières années, les tribunaux de la famille de certaines provinces se sont vus conférer une compétence de plus en plus grande. La structure, l'organisation et les procédures des divers tribunaux de la famille varient d'une province à l'autre et, dans certaines provinces, d'un tribunal à l'autre. A cause de ces différences, il est difficile de définir des lignes de conduite et des normes applicables à l'ensemble du pays.

Au Canada, il n'existe aucun tribunal de la famille exerçant une compétence globale sur toutes les questions matrimoniales et familiales. Le divorce, la séparation judiciaire, les pensions alimentaires et le partage des biens échappent à la juridiction du tribunal de la famille. Dans la plupart des provinces le tribunal de la famille est compétent pour entendre les affaires ayant trait à l'entretien réciproque des époux, à la garde et à l'entretien des enfants, aux enfants privés de soins et de protection, à la délinquance, et il arrive très souvent que d'autres tribunaux aient concurremment une compétence sur certaines de ces questions.

Simplicité des procédures

Les procédures sont aussi simples que les circonstances le permettent; aussi on semble favoriser le règlement des litiges à l'amiable ou "de consentement" plutôt que par un procès suivi d'une décision judiciaire. Les plaidoiries ne sont pas rédigées dans une forme stricte et les règles de pratique, s'il en est, sont simples et varient souvent d'un tribunal à l'autre. Mais cette situation et le fait que, dans de nombreux cas, les parties ne soient pas représentées par un avocat peuvent mettre en danger les droits de l'individu. Tout en s'éloignant du système de contradiction, ce qui est d'ailleurs désirable, on omet malheureusement trop souvent de prendre des mesures pour la protection des droits des individus, et particulièrement de ceux des enfants. De l'avis de la Commission, les droits des parties, dans les affaires de paternité, de garde d'enfant, de privation de soins et de protection, de délinquance, d'entretien et autres affaires connexes doivent être protégés par la loi, au moins aussi bien que le sont les droits des parties, lorsqu'il s'agit de délits, de contrats et de biens.

Qualités et formation des juges

Les tribunaux de la famille sont présidés par des juges nommés par la province. Il n'est pas réaliste de croire que les tribunaux sont tous aussi bien servis du point de vue de la qualité

des nominations. A de rares exceptions près, les provinces qui ont un tribunal de la famille n'ont réussi qu'à l'occasion à recruter leurs magistrats parmi les membres les plus qualifiés de la profession légale.

Plusieurs juges des tribunaux de la famille n'ont reçu aucune formation juridique avant leur nomination. Ils sont pourtant appéles à statuer sur les droits et les obligations des personnes qui comparaissent devant eux. La Commission est d'avis que la formation juridique devrait être l'une des conditions préalables à l'exercice d'une fonction judiciaire et qu'une réforme en ce sens devrait être instituée immédiatement.

Compte tenu de la compétence de plus en plus étendue de ces tribunaux, de la participation maintenant plus fréquente et soutenue des avocats et de l'intérêt croissant accordé aux questions familiales, il importe d'intéresser des juristes hautement compétents à assumer les fonctions de juges.

Certaines provinces ont établi des programmes de formation s'adressant aux juges des tribunaux de la famille, mais la plupart n'en ont tout simplement pas ou viennent à peine de les instituer.

Conclusion

Les structures des cours supérieures et leurs façons de fonctionner, telles que régies par les règles de procédure et de pratique, tout en étant appropriées à l'arbitrage des litiges à prédominance juridique, plus souvent qu'autrement, empêchent le règlement efficace des litiges familiaux. Les juges de la cour supérieure ne sont pas en mesure, par suite d'un manque de souplesse des règles de procédure, de disposer de façon satisfaisante des litiges familiaux; on ne leur permet pas d'avoir recours à l'opinion des experts ni aux ressources des organismes communautaires qui, pourtant, fourniraient un apport positif. Par contre, certains juges de la cour supérieure sont d'avis que le rôle traditionnel du tribunal doit être maintenu et que ce dernier ne doit pas s'occuper activement, à titre d'organe de l'Etat, du maintien de l'unité familiale mais qu'il doit s'en tenir à sa fonction traditionnelle de cour de justice plutôt que d'adopter celle d'organisme de bien-être social.

D'autre part, les tribunaux de la famille n'ont pas réussi à s'épanouir pleinement. Ils ont été établis à coup de publicité, ce qui a incité le public à croire qu'on recourrait à des méthodes nouvelles et originales pour apporter enfin des solutions véritables aux problèmes familiaux. Malheureusement, il existe un écart

considérable entre la théorie et sa mise en application et les bonnes intentions s'avèrent beaucoup plus nombreuses que les réalisations.

Aux yeux de nombreuses personnes, le tribunal de la famille serait le tribunal du pauvre. On s'intéresserait trop à la question monétaire et pas assez aux services complémentaires spécialisés. L'absence presque totale de règles de procédures, tout en encourageant la simplicité, laisse sans protection les droits des justiciables qui comparaissent devant le tribunal. Les avocats qui y plaident se sentent frustrés par la confusion, les retards et le manque d'organisation qui y règnent.

Nous en sommes donc venus à la conclusion que les litiges familiaux sont maltraités à la cour supérieure et au tribunal de la famille. Il faudrait effectuer des changements substantiels en vue d'assurer la nomination de juges les mieux qualifiés et adopter des procédures simples, efficaces, peu coûteuses, devant des tribunaux qui seraient accessibles et qui mettraient à la disposition des intéressés les services complémentaires nécessaires.

3
L'absence de services complémentaires spécialisés

L'homme de loi, qu'il soit avocat ou juge, n'a pas l'apanage exclusif des connaissances des problèmes familiaux et de leurs solutions possibles. Par conséquent, il faudrait exploiter pleinement les ressources communautaires et l'expertise de ceux qui, sans être juristes, oeuvrent dans les différentes sciences humaines, surtout ceux qui se préoccupent précisément des questions familiales et matrimoniales. Pour assurer le bon fonctionnement du tribunal de la famille, il faut que des services administratifs, d'orientation, de conciliation, d'enquête, juridiques et autres, soient mis à la disposition du tribunal pour l'assister dans son travail de réconciliation et, lorsque celle-ci s'avère impossible, de pouvoir l'aider à promouvoir le règlement efficace, avant procès, des questions indicentes qui se posent inévitablement lors de la rupture du mariage, par exemple, l'entretien des personnes à charge et la garde des enfants issus du mariage.

De fait, les procédures et pratiques judiciaires courantes militent contre l'utilisation optimale ou même efficace des ressources non juridiques. Les cours supérieures, à quelques exceptions près, ne songent guère à faire appel aux organismes oeuvrant au sein de la communauté; par ailleurs, elles ne disposent d'aucun service interne pour aider ou guider les parties ou déterminer si un procès constitute la seule ou encore la meilleure des façons de règler, en l'espèce, le conflit matrimonial ou familial. D'autre part, les tribunaux de la famille établis précisément en vue de fournir aux citoyens les services complémentaires appropriés ont échoué pour des raisons qui dépendent en partie d'eux-mêmes et en partie du fait que les gouvernements n'ont pas mis en application la philosophie qui a présidé à leur établissement, en ne les pourvoyant pas d'un personnel complémentaire compétent. Parmi les lacunes les plus flagrantes du système, signalons, entre autres, à titre d'exemple, le fait que les intérêts des enfants issus des foyers détruits en sont pas protégés. Dans de nombreux cas, les conjoints sont soumis à une tension émotive si forte qu'ils ne sont plus (des fois ne l'ont jamais été) en mesure de déterminer d'une façon objective quels arrangements conviennent le mieux à leurs enfants, et, ce qui est encore pire, ils se servent parfois d'eux comme arme dans la lutte qui les oppose. Le fait que les conjoints soient représentés par un avocat n'est pas non plus un gage de protection des intérêts de l'enfant. Aussi, il n'existe

aucune procédure préalable au procès et aucun service complémentaire spécialisé qui assistent le tribunal dans sa recherche d'une solution qui tienne pleinement compte des intérêts de l'enfant. Mentionnons également l'inexistence de préposés à l'exécution des mesures judiciaires décisionnelles, lacune à laquelle vient s'ajouter le fait qu'en vertu de la loi, c'est présentement la personne en faveur de laquelle une ordonnance a été rendue qui doit voir à l'exécution de celle-ci, d'où le nombre élevé, sinon astronomique, de défauts, voire, de décisions sans suite. On a estimé à pas moins de 80,000 le nombre des familles canadiennes ne recevant rien du conjoint ou autre parent légalement responsable de leur entretien.

En somme, que ce soit une cour ou l'autre, on ne peut que constater la carence presque totale de services complémentaires adéquats, et ceci est, pour le moins, honteux, lorsqu'on pense aux conséquences de notre incurie, non seulement en termes de coûts et d'efficacité, mais aussi et surtout en termes de souffrances humaines physiques et morales.

A quelques exceptions près, les responsables de la mise sur pied du fonctionnement et de l'administration des tribunaux traitant des questions familiales ont failli à la tâche au chapitre des services complémentaires, tant par leur piètre qualité que par leur insuffisance ou leur inaccessibilité. Il y a même des tribunaux de la famille qui ne disposent pas de plusieurs services administratifs même essentiels.

4
Le relevé et l'analyse des données statistiques et sociales

Le relevé et l'analyse des données statistiques et sociales pertinentes sont essentiels au fonctionnement efficace de tous les tribunaux. Des données sur les activités du personnel de soutien et sur les décisions rendues par le tribunal sont nécessaires pour un bon nombre de raisons. Premièrement, les données statistiques et sociales permettent au tribunal de renseigner le public et d'attirer son attention sur les faiblesses et les lacunes du tribunal ou de la communauté en général, et de ce fait, d'exercer les pressions voulues pour l'obtention de meilleurs services destinés à favoriser la solution constructive des problèmes familiaux. Deuxièmement, ces données sont également nécessaires en vue d'encourager l'usage de procédures administratives plus efficaces et l'utilisation rationnelle du personnel du tribunal. Ainsi, le relevé et l'analyse constante des données permettent de prévoir en temps utile les besoins du tribunal, tant du point de vue du personnel que des services, et facilite l'attribution des diverses tâches. Troisièmement, les données statistiques et sociales peuvent fournir un bon moyen d'apprécier l'efficacité des services complémentaires et des ordonnances du tribunal.

Il y a tout lieu de croire que si un tribunal ayant une juridiction intégrale en droit familial l'exerçait à l'exclusion de tous autres, on pourrait établir une banque centralisée de données, de préférence automatisée. Le tribunal pourrait devenir un "laboratoire" pour le relevé et l'analyse des données statistiques et sociales portant sur la nature et la source des problèmes familiaux ainsi que sur l'efficacité des méthodes employées et des solutions apportées par les tribunaux pour les régler. On disposerait ainsi de renseignements permettant d'établir des programmes et procédures plus efficaces, destinés à prévenir les problèmes familiaux ou à les régler.

Malheureusement, le morcellement actuel des compétences ne permet pas de recueillir et d'analyser efficacement les données statistiques et sociales. Les renseignements traitant des problèmes familiaux et actuellement à la disposition des tribunaux de compétence générale, comme la cour supérieure, sont à l'image du formalisme de ces tribunaux en ce qui ces données ignorent souvent les dimensions sociales et humaines sous-jacentes aux questions juridiques soumises à l'appréciation du tribunal. Par conséquent,

pareilles données sont de peu d'utilité dans l'élaboration de nouvelles méthodes et solutions, même si elles permettent peut-être de déterminer le volume de travail et les affectations rationnelles du personnel. Même au sein des tribunaux de la famille déjà en place, les initiatives en vue d'accumuler, d'évaluer et d'utiliser les données statistiques et sociales disponibles semblent souvent briller par leur absence.

Lorsque les litiges familiaux ne peuvent pas être réglés à l'amiable, il faut faire appel à la loi et aux tribunaux.

Bien sûr, il faut confier à un juge la tâche de déterminer les droits et les obligations des parties mais, de l'avis de la Commission, il faut beaucoup plus. Le tribunal de la famille devrait avoir deux fonctions: une fonction sociale, celle d'encourager la réconciliation et, lorsque c'est là une chose impossible ou non souhaitable, celle d'encourager le règlement équitable et à l'amiable des litiges, tout en protégeant, le cas échéant, les intérêts des enfants; une fonction décisionnelle, celle de trancher de façon judiciaire toute controverse que les parties n'ont pu régler.

De l'avis de la Commission, le tribunal de la famille doit disposer non seulement de juges qualifiés mais également d'installations et d'un personnel complémentaire suffisants, ainsi que des procédures destinées à assurer l'utilisation et l'efficacité maximales des services.

La Commission est consciente de fait que c'est éventuellement presque tout le droit de la famille qui est à repenser, compte tenu des mutations sociales récentes, des attitudes nouvelles et du remaniement des priorités que la société semble vouloir accorder aux différentes valeurs lorsque celles-ci entrent en conflit; la famille est en devenir et, par voie de conséquence, il en est de même pour ses lois. Dans ses études en cours sur le divorce, la nullité du mariage, la garde des enfants, les biens des conjoints et tous les autres domaines du droit substantif de la famille, la Commission en tient compte et elle préparera, en temps et lieu, un ou des documents de travail sur ces questions.

C'est maintenant qu'il faut modifier la façon dont la loi règle les conflits familiaux, d'où ce premier document de travail.

Les solutions suggérées

1
Les limites de la compétence

De l'avis de la Commission, la compétence en toute matière relevant du "droit de la famille" devrait ressortir à un seul tribunal. Ceci supposerait nécessairement l'intervention du Parlement du Canada et des assemblées législatives ou nationales des provinces.

La Commission recommande expressément que les procédures judiciaires mettant en jeu les questions suivantes relèvent de la compétence exclusive d'un tribunal de la famille:

- Les formalités du mariage (par exemple, la dispense judiciaire du consentement des parents).
- La dissolution du mariage (divorce et annulation).
- La séparation judiciaire et les ordonnances s'y rapportant.
- La restitution des droits conjugaux.
- Les déclarations et contrats de l'état civil (mariage, légitimité, légitimation, émancipation).
- Le changement de nom.
- Les pensions alimentaires et autres ordonnances relatives aux mesures accessoires pécuniaires (y compris les mesures exécutoires).
- Les ententes hors cour prévoyant la garde des enfants et les autres mesures accessoires.
- Les actions entre époux au sujet de la propriété et de la possession du foyer et autres biens conjugaux.
- La garde et l'éducation des enfants, ainsi que les droits de visite.
- l'adoption.
- La tutelle à la personne du mineur.
- La filiation.
- La privation de soins et de protection des enfants.
- Les voies de fait bénignes entre époux ou entre parents.

La Commission admet qu'il y a divergence d'opinions quant à la compétence que pourrait avoir le tribunal de la famille dans les domaines suivants:

- Les conflits délictuels et les contrats entre époux ou parents.

- L'action en aliénation d'affection et autres recours de même nature.
- La tutelle aux biens du mineur.
- Les donnations testamentaires et entre vifs à cause de mort aux personnes à charge.
- Les délits de nature pénale entre époux ou entre parents.

La Commission conclut que ces matières ne devraient pas relever exclusivement du tribunal ayant une juridiction intégrale en droit familial; elle envisage plutôt que de telles procédures pourraient, lorsque souhaitable, tomber sous la juridiction du tribunal de la famille par le biais d'une formule législative prévoyant, le cas échéant, le désistement et le transport de juridiction d'un tribunal à l'autre. Toutefois, il est essentiel que le tribunal de la famille ait une compétence globale sur les procédures à prédominance familiale.

La Commission a éprouvé de sérieuses difficultés lorsqu'elle s'est demandé si les questions découlant de la Loi sur les jeunes délinquants, y compris l'infraction d'avoir contribué à la délinquance juvénile, devraient relever de la compétence de ce tribunal de la famille. Il est fort probable que, dans un avenir prochain, la législation fédérale ayant trait à la délinquance juvénile soit modifiée et ce, peut-être même de façon radicale. C'est pourquoi la Commission estime prudent de reporter à plus tard toute décision sur cet aspect de la juridiction du tribunal.

A compétence globale conférée à un tribunal unique ne correspond pas nécessairement uniformité de procédures; d'ailleurs, la nomenclature des domaines de compétence se veut plutôt descriptive et ne véhicule pas nécessairement l'idée d'une étanchéité dans les procédures.

2
Le statut du tribunal

En considérant le statut que le tribunal de la famille devrait prendre dans la hiérarchie judiciaire, la Commission a conclu qu'elle devrait énoncer les diverses options disponibles, en indiquant les forces et les faiblesses des différentes alternatives et en soulignant les facteurs qui peuvent influer sur l'implantation des tribunaux de la famille dans les diverses provinces. La Commission tient à souligner qu'en énonçant ces options, elle a pris pour acquis que des mesures seront prises en vue de résoudre les problèmes déjà mentionnés dans ce document: que des juges qualifiés et un personnel complémentaire specialisé suffisant serait mis en place, des nouvelles règles de procédure et de pratique établies et des bonnes installations matérielles fournies.

La Commission croit que, quel que soit le statut que l'on conférera à ce tribunal de la famille, il est de toute importance que celui-ci ait l'exclusivité de compétence en première instance. Toutefois, elle reconnaît que les dispositions constitutionnelles ne permettent pas actuellement l'attribution de pareille compétence à un tribunal autre qu'une cour supérieure.

De l'avis de la Commission, les autorités fédérales et provinciales doivent et peuvent collaborer dans la recherche de réponses aux questions constitutionnelles et ainsi résoudre ces dilemmes. On ne saurait justifier le refus de créer ou d'autoriser la création d'un tribunal de la famille ayant une compétence globale en invoquant des restrictions constitutionnelles. Outre les questions constitutionnelles, une coopération fédérale-provinciale efficace est quand même nécessaire à l'implantation de ces tribunaux. En effet, ce tribunal serait constamment appelé à appliquer des lois tantôt fédérales, tantôt provinciales, et son financement serait tributaire des trésors fédéral et provinciaux. Sa viabilité dépendra donc d'une étroite coopération fédérale-provinciale. De fait, même si aucun tribunal de la famille à compétence globale n'était établi, une saine collaboration des deux niveaux de gouvernement contribuerait largement à l'amélioration de la procédure et à la mise sur pied ou à l'amélioration de services complémentaires à la disposition des tribunaux ayant compétence en matières familiale, matrimoniale et juvénile.

En énonçant une variété d'options, relativement au statut du tribunal de la famille ayant une compétence globale, la Commission a pleinement conscience du fait qu'aucun système efficace ne saurait être établi sans tenir compte des besoins et

ressources de chaque province. Par conséquent, le statut de ce tribunal ne serait pas nécessairement le même dans toutes les provinces. Ainsi, dans les provinces où des tribunaux de la famille ont été établis, avec un statut de cour provinciale ou de cour de magistrat, pour exercer une compétence en certains domaines importants du droit de la famille, il peut être souhaitable d'étendre cette compétence et les services complémentaires plutôt que de créer une structure entièrement nouvelle. D'autre part, dans les provinces où les tribunaux de la famille n'existent pas ou n'en sont qu'à leurs débuts, d'autres facteurs peuvent influer sur la décision à prendre au sujet du statut de ce tribunal de la famille. Par exemple, le volume actuel de travail des juges, l'étendue de la région et la densité de la population à desservir, le nombre d'avocats qualifiés susceptibles d'être nommés juges, sont autant de facteurs importants sinon décisifs, dans le choix du statut le plus approprié.

A cet égard, il existe trois solutions fondamentales:

- On peut établir un tribunal de la famille à titre de cour supérieure autonome, ou à titre de section ou de division de la cour supérieure existante;
- On peut créer un tribunal de la famille à titre de division des cours de comté et de district existantes;
- On peut créer un tribunal de la famille à titre de division d'une cour provinciale existante.

Chacune de ces possibilités mérite que l'on s'y arrête.

Un tribunal de la famille d'instance supérieure

Selon un courant important d'opinions, les tribunaux de la famille devraient être instaurés à titre de cours supérieures, mais elles varient quant au statut que ces tribunaux devraient avoir dans le cadre de la cour supérieure actuelle et en ce qui a trait à la nomination des juges.

Par le passé, dans la plupart des provinces, on n'a jamais reconnu que les problèmes familiaux étaient suffisamment importants pour mériter l'attention des tribunaux supérieurs. En établissant une tribunal de la famille au niveau des cours supérieures, on reconnaîtrait l'importance des problèmes familiaux et l'on contribuerait à créer un climat de confiance et de respect au sein de la profession juridique, et, éventuellement, dans le public.

En vertu de la constitution canadienne actuelle, le tribunal de la famille ne pourrait exercer une compétence

exclusive en matière familiale que s'il était implanté au niveau d'une cour supérieure. Même si le transfert de la compétence nécessaire exigerait une intervention fédérale et provinciale, cela ne provoquerait pas de difficultés d'ordre constitutionnel.

La Commission reconnaît que, dans certaines provinces, les cours supérieures sont surchargées et que l'attribution d'une compétence globale en matière de droit de la famille poserait des difficultés financières et pratiques. De fait, si tous les problèmes familiaux relevaient des juges de la cour supérieure, il y aurait, dans ces provinces, probablement encombrement de causes à moins qu'un nombre très important de nouveaux juges soient nommés.

Toutefois, la Commission croit qu'un bon système de tribunaux de la famille offrirait un certain nombre de moyens pour régler les problèmes hors cour, ce qui aurait pour effet d'alléger le fardeau des juges. En effet, si des services efficaces d'orientation et de conciliation étaient disponibles, un certain nombre de problèmes seraient réglés par entente hors cour. De plus, si des règles particulières de procédure étaient élaborées en ce qui concerne des questions comme les auditions au préalable, on pourrait normalement s'attendre à une diminution encore plus grande du nombre de procès. En d'autres termes, les services auxiliaires et les règles de procédure pourraient et devraient permettre de régler certaines questions sans qu'une décision judiciaire, ou encore sans qu'une enquête et une audition soient nécessaires. De plus, le travail des juges pourrait être allégé en nommant des conseillers à la cour, ou des greffiers ou des experts-arbitres qui les aideraient à régler les affaires de droit familial. La compétence de ces fonctionnaires judiciaires dépendrait dans une certaine mesure de considérations constitutionnelles, bien que, de l'avis de la Commission, l'attribution du pouvoir de régler certaines questions non contestées et de se prononcer sur certaines requêtes et sur les mesures provisoires, ne poserait aucune difficulté.

La Commission attache beaucoup d'importance à ce que ces tribunaux de la famille soient accessibles à ceux qui ont besoin de leurs services. Dans les provinces les plus petites, cela ne soulèverait probablement pas de graves problèmes, mais dans d'autre provinces, certaines difficultés continueraient à se poser si une compétence exclusive en matière de droit de la famille était conférée aux juges de la cour supérieure et si ces derniers continuaient à entendre des causes selon un système de rotation et en vertu du système de circuit, alors que des visites

à l'extérieur de la capitale ne sont effectuées qu'à l'occasion et à certaines époques. Il est clair que le tribunal de la famille devrait être beaucoup plus flexible et mobile et que des juges devraient résider dans un certain nombre de centres par toute la province.

Il serait toujours possible de créer un tribunal de la famille à titre de division de la cour supérieure, présidé par un juge doyen. On soutient à l'encontre de cette suggestion que les juges de la cour supérieure parce qu'ils n'ont pas l'habitude d'avoir recours à des services auxiliaires pour régler les problèmes familiaux, préféreront s'en passer. La Commission, tout en reconnaissant la valeur de ce point de vue, croit qu'un tribunal de la famille établi à titre de division de la cour supérieure pourrait adopter une philosophie et des procédures qui lui soient propres sans être gêné par les méthodes traditionnelles.

On a déjà avancé des arguments en faveur de l'établissement d'un tribunal de la famille à titre de cour supérieure distincte et autonome, mais la Commission est d'avis que cette solution laisse plus ou moins à désirer, compte tenu des difficultés constitutionnelles et de compétence. De plus, elle estime que la prolifération des cours supérieures n'est pas justifiée ni souhaitable, particulièrement lorsqu'il est possible de créer une division au sein d'une cour existante.

Tout en préconisant que le tribunal de la famille fasse partie, sous forme de division, des cours supérieures existantes, la Commission croit cependant qu'il faudrait, le cas échéant, aménager cette division à part mais avec tous ses services complémentaires plutôt que de la loger avec la cour supérieure en l'en séparant.

La Commission, tout en favorisant l'opinion selon laquelle le tribunal idéal de la famille serait celui qui ferait partie intégrante de la cour supérieure actuelle, reconnaît que de nombreux facteurs, dont certains ont été mentionnés ci-dessus, peuvent militer à l'encontre de cette formule et peuvent aboutir à l'établissement d'un tribunal de la famille à un niveau différent de la hiérarchie judiciaire.

Un tribunal de la famille à titre de division des cours de comté ou de district existantes

L'argument en faveur de l'établissement d'un tribunal de la famille à titre de division des cours de comté ou de district existantes repose sur trois faits principaux. Premièrement,

en certains endroits, les juges des cours de comté ou de district disposent déjà du temps requis pour remplir la tâche qui leur incomberait. Deuxièmement, dans la plupart des provinces, les cours de comté ou de district sont plus accessibles au public que ne le sont les cours supérieures car elles ont des juges dans divers centres de la province. Troisièmement, en donnant aux cours de comté et de district compétence en matière de droit de la famille, certaines économies pourraient alors être réalisées.

On peut se demander si les juges des cours de comté ou de district pourraient exercer une compétence globale en matière de droit de la famille, compte tenu des dispositions actuelles de la constitution. Des problèmes de compétence, particulièrement de conflit de compétence avec les cours supérieures, pourraient également se poser.

La Commission a déjà affirmé que le tribunal de la famille devrait idéalement être une division de la cour supérieure, mais elle reconnaît qu'il faudrait sérieusement songer à la possibilité d'établir ce tribunal au niveau des cours de comté ou de district, si telle est la préférence d'une province.

Un tribunal de la famille à titre de division d'une cour provinciale

Dans un certain nombre de provinces canadiennes, des cours juvéniles et de la famille ont été établies au niveau des cours provinciales en vue d'exercer une compétence étendue mais non exclusive, en matière matrimoniale, familiale ou juvénile. Ces tribunaux sont souvent présidés par des juges uniquement compétents en matière de droit de la famille; ces juges ont acquis une expérience et des connaissances considérables avec les années. Ces tribunaux sont également les seuls qui disposent de quelques services auxiliaires, que ce soit pour compléter ou suppléer au rôle du juge. Par conséquent, il existe souvent un climat de confiance et une collaboration étroite entre les juges des cours juvéniles et familiales et le personnel complémentaire spécialisé à leur disposition.

Malheuresuement, les cours juvéniles et familiales manquent de prestige parmi les membres de la profession juridique et sont critiquées par le public; ces critiques sont en partie injustifiées, parce que les limitations inhérentes à la compétence de ces cours les empêchent de régler tous les problèmes que suscitent les conflits familiaux typiques. La qualité des nominations à ces tribunaux laissent souvent à désirer, quoique depuis

quelques années, on a constaté une nette amélioration de la compétence et de l'expérience des gens nommés auprès des cours juvéniles et familiales. Malgré les déficiences existantes au sein des cours juvéniles et familiales, on pourrait soutenir que, dans les provinces où pareils tribunaux existent, il serait inutile de créer un nouveau tribunal et qu'il serait préférable d'unifier et d'étendre la compétence de ces cours, d'accroître leur prestige en nommant des juges hautement qualifiés et de faire tous les efforts nécessaires en vue de fournir des services auxiliaires suffisants et efficaces là où il n'y en a pas. Toutefois, il faut bien reconnaître que les dispositions constitutionnelles actuelles confèrent aux cours supérieures une compétence exclusive sur certaines questions de droit de la famille et qu'il est donc impossible de conférer une compétence globale en la matière à tout autre tribunal qu'une cour supérieure tant que la constitution n'aura pas été modifiée. Par conséquent, il serait actuellement impossible de conférer une compétence globale, en matière de droit de la famille, aux cours juvéniles et familiales existantes. Il y aurait donc inévitablement morcellement des compétences si une compétence générale en la matière était conférée aux cours juvéniles et familiales, les cours supérieures se voyant d'autre part attribuer une compétence résiduelle. Ce dilemme pourrait probablement être résolu par l'adoption de dispositions législatives permettant aux cours oeuvrant au niveau de la cour supérieure d'utiliser les services complémentaires disponibles aux cours juvéniles et familiales. Cette solution permettrait de régler les conflits familiaux d'une façon constructive, mais des difficultés subsisteraient du fait qu'aucun tribunal ne serait en mesure d'apporter une solution complète à tous les divers aspects des conflits familiaux.

Nominations des juges

A l'heure actuelle, le gouvernement fédéral a compétence exclusive pour nommer les juges des cours supérieures et, à défaut de modifications constitutionnelles, il est impossible de conférer une compétence globale en matière de droit de la famille à tout tribunal autre qu'une cour supérieure. Si un tribunal de la famille était établi au niveau de la cour supérieure, il serait probablement bon que les juges soient nommés après consultation entre les autorités provinciales et fédérales.

La Commission recommande que tous les juges des tribunaux de la famille soient nommés d'une façon permanente et qu'ils ne puissent être démis de leurs fonctions que pour

cause. La Commission approuve le concept de la spécialisation et recommande que des mesures soient prises pour que les juges du tribunal de la famille s'occupent exclusivement des questions de droit de la famille. La Commission reconnaît que, pour réaliser cet objectif, des mesures législatives sont nécessaires tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial.

La Commission recommande que tous les juges nommés au tribunal de la famille soient des avocats ayant pratiqué le droit pendant au moins dix ans; cette condition devrait être respectée à la lettre, surtout si le tribunal de la famille est établi au niveau de la cour supérieure. En ce qui a trait aux nominations des juges au tribunal de la famille, la Commission recommande fortement que soit mis sur pied des mécanismes de consultation des corps professionnels intéressés et même, si possible, du public. Les juges devraient être choisis de préférence parmi ceux qui, dans la profession légale, ont eu une vaste expérience des questions de droit de la famille.

La Commission recommande aussi que si des conseillers à la cour, des greffiers ou des experts-arbitres sont nommés en vue d'aider les juges, ils devraient être choisis parmi les avocats qui ont au moins cinq ans d'expérience et une certaine connaissance des questions de droit de la famille. On pourrait songer à faire accéder ces fonctionnaires au poste de juge après un certains temps.

En vue d'assurer la qualité des nominations, il faudrait offrir un salaire et des bénéfices marginaux attrayants ainsi que des installations matérielles confortables.

L'existence d'un programme de formation et d'éducation permanente est essentielle au bon fonctionnement du tribunal. Les juges et les cadres des services complémentaires spécialisés devraient participer pleinement à l'établissement et au maintien de ces programmes.

De l'avis de la Commission, le juge, au moment de sa nomination, devrait être soumis à une période de formation avant d'assumer ses fonctions judiciaires. A intervalles réguliers, tous les juges devraient participer à des programmes de formation non seulement juridique mais aussi portant sur tout un éventail de sujets susceptibles de les mieux préparer à l'exercice de leurs fonctions.

3
Les procédures

Une fois le tribunal de la famille établi, il faudra lui donner des règles de pratique et de procédure, définir les fonctions de ses services complémentaires et en réglementer l'accès. Il en va de même pour le déroulement des procédures judiciaires et des plaidoyers.

La Commission est sensible au fait que les besoins et les ressources varient d'une province à l'autre. Ainsi le statut, la composition et la structure des tribunaux de la famille et les services offerts par ceux-ci pourraient varier considérablement selon les conditions propres à chaque province ou région. Toute tentative visant à imposer un modèle, un propotype ou un cadre de règles de procédure applicables à l'échelle nationale, serait vaine et inopportune. Toutefois, la Commission estime que des règles de pratique et de procédure nécessaires à tout tribunal de la famille devraient s'appuyer sur les principes suivants:

- Les règles devraient s'énoncer sous une forme simple et indiquer clairement toutes les procédures depuis l'institution de l'action jusqu'à sa conclusion, y compris les mesures d'exécution des jugements.
- Les procédures devraient être flexibles et conçues en fonction des particularités du droit de la famille.
- Les règles devraient, autant que possible, prévoir des formulaires standard devant être utilisés dans les diverses actions et ces formulaires devraient pouvoir s'adapter facilement au circonstances de chaque cas.
- Les plaidoiries et procédures devraient se départir de la tradition fondée sur le système contradictoire ou sur la notion de faute.
- Les règles des procédures préalables au procès devraient permettre et faciliter les règlements hors cour ou encore sans "enquête et audition."
- Il faudrait que chaque partie soit avisée de son droit d'être représentée par un avocat et, si un enfant est en cause, voir à ce que ses droits soient protégés sans délai.
- Les questions en litige devraient être réglées dans les plus brefs délais. La célérité est une condition particulièrement importante, lorsqu'il s'agit de la garde,

de la tutelle ou de l'adoption d'un enfant ou dans toute action portant sur l'abandon d'enfant ou un cas de délinquance juvénile.

La Commission tient plus particulièrement à faire les recommandations suivantes:

Procédures préalables au procès

Les règles ne devraient pas être limitées aux traditionnelles procédures préalables au procès, où le juge rencontre les avocats pour tenter de mieux cerner et, si possible, réduire le champ du litige. Bien qu'une telle conférence préparatoire doive faire partie, en de nombreux cas, du processus du tribunal de la famille, la Commission croit que les règles devraient également permettre aux parties qui se sont prêtées à une procédure de conciliation d'obtenir du juge une ordonnance confirmant leur entente, en autant qu'elles aient été convenablement conseillées quant à leurs droits.

Appels

Il est impossible d'énoncer en détail les procédures ou les structures relatives à l'appel avant de déterminer le statut de ce tribunal de la famille qui doit exercer une compétence "générale" exclusive sur les problèmes de la famille. Etant donné que le statut du tribunal pourrait varier d'une province à l'autre, la Commission ne se propose pas de formuler des recommandations précises au sujet des appels provenant d'un tribunal de la famille ayant une juridiction intégrale. Néanmoins, il y a lieu d'énoncer certaines idées d'ordre général.

De l'avis de la Commission, les appels de tout tribunal de la famille devraient être portés devant les cours d'appel de la province; aucun système d'appel intégré aux tribunaux de la famille ou d'appel devant des tribunaux spécialement constitués à cette fin ne devrait être envisagé.

De plus, la Commission estime que, sans égard au statut du tribunal de la famille, il ne devrait pas y avoir d'appel par voie de procès de novo (un nouveau procès), qu'il s'agisse d'une affaire civile, criminelle ou quasi-criminelle.

La Commission croit que l'appel par voie de procès *de novo* est incompatible avec le concept même d'un véritable tribunal de la famille. Aussi, cela ne contribuerait qu'à accroître

les frais, à priver les parties de la possibilité de se prévaloir de procédures visant expressément à régler des problèmes familiaux, et à entraîner un manque de confiance et de respect envers le tribunal de la famille. Par conséquent, les décisions du tribunal de la famille ne devraient pas entraîner un nouveau procès sur les faits mais devraient plutôt être soumises aux procédures générales d'appel.

Le facteur temps

La Commission est consciente des délais souvent encourus pour l'obtention de jugements de la part des tribunaux, en droit de la famille. Les délais peuvent indiquer que les décisions judiciaires ou extra-judiciaires sont prises après mûre réflexion, mais ils indiquent, plus souvent qu'autrement, l'encombrement des rôles ou l'insuffisance des moyens.

Les délais causent le plus d'injustice dans les affaires où il y a des enfants, dans les procédures ayant trait à la garde, la tutelle et l'adoption. Trop souvent, une décision judiciaire est rendue après plusieurs mois et même plusieurs années d'attente; quelles que soient les raisons de ces retards, un jugement ordonnant un changement dans le placement de l'enfant risque de lui causer un traumatisme psychologique sérieux.

La question du placement de l'enfant, que ce soit auprès d'un parent, d'un tiers ou d'une institution, devrait, de l'avis de la Commission, être considérée comme une question urgente. Par conséquent, nous recommandons que les procédures y afférentes viennent en priorité et que des dispositions législatives ou des règles de procédure soient adoptées en vue d'accélérer les décisions en première instance et en appel.

Jonctions des questions en litige

L'attribution à un tribunal de la famille d'une compétence totale sur le droit de la famille, facilitera un règlement complet — et non fragmentaire — des problèmes familiaux. Néanmoins, des règles de pratique et de procédure seront nécessaires pour permettre la jonction des questions en litige.

La Commission recommande que des règles de procédure soient établies en vue de permettre la jonction pour les fins du procès de toutes les questions connexes, de façon à ce qu'elles soient instruites en même temps par un seul juge. Les règles devraient également prévoir des recours simples, permettant

l'intervention de tous ceux qui peuvent être touchés par le jugement.

Les règles devraient aussi prévoir que le tribunal aura un pouvoir discrétionnaire étendu, en ce qui a trait à la modification des plaidoiries, à l'acceptation de plaidoiries additionnelles, ou encore la mise en cause ou l'intervention des parties aux procédures.

La publicité

De l'avis de la Commission, des dispositions législatives devraient être adoptées pour prévenir une publicité indue, permettre des auditions à huis-clos et assurer le caractère confidentiel des dossiers de la cour. En effet, les parties, le juge et le personnel complémentaire devraient avoir tous les moyens nécessaires à l'examen serein et complet de la situation en vue d'assurer la réconciliation, les règlements à l'amiable ou de rendre la décision judiciaire la plus appropriée. D'où la nécessité d'un certain caractère privé et confidentiel, qu'il ne faut pas confondre avec le secret absolu. Le public est en droit de savoir quel genre de justice les tribunaux administrent; aucun tribunal ne devrait avoir la possibilité d'exercer ses fonctions secrètement. Si le fonctionnement des tribunaux est connu et compris, des critiques et des propositions constructives pourront être formulées.

A l'heure actuelle, au Canada, il n'existe aucune ligne de conduite constante en ce qui concerne ces questions. La législation tant fédérale que provinciale traite de certains aspects du problème. Au niveau fédéral, il y a la Loi sur les jeunes délinquants et le Code criminel. Au niveau provincial, on s'est en général contenté d'aborder le problème d'une façon partielle, et les lignes de conduites diffèrent selon les lois.

Seule une coopération fédérale-provinciale peut permettre une politique cohérente qui protégera le caractère privé et confidentiel des procédures.

La Commission est d'avis que les principes directeurs suivants pourraient être envisagés:

- Les procédures devant les tribunaux de la famille devraient avoir lieu à huis-clos, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'admettre ceux qui ont réellement intérêt à être présents, que ce soit à titre personnel ou pour le compte du public.

- Les membres de la presse et des autres média d'information devraient pouvoir assister aux auditions et en faire un compte rendu, mais rien, dans les comptes rendus, ne devrait permettre l'identification des parties.
- Des mesures devraient être prises en vue d'assurer la publication des décisions judiciaires dans les revues spécialisées. Malgré les progrès réalisés au cours des dernières années, les membres des professions concernées restent largement dans l'ignorance des décisions rendues par les tribunaux.
- Des règlements particuliers devraient être adoptés en vue de garantir le caractère confidentiel des dossiers juridiques ou sociaux de la cour sans pour cela entraver le relevé des données dans la mesure où celles-ci sont destinées à contribuer à l'amélioration du fonctionnement du tribunal ou des lois de la famille.
- La Commission croit qu'un tribunal de la famille devrait avoir à même ses services un mécanisme d'autoévaluation.
- Les mesures que nous venons d'énoncer devraient s'appliquer aux appels du tribunal de la famille.

4
Les services complémentaires
LES SERVICES JURIDIQUES

La Commission croit que certains services juridiques sont essentiels au bon fonctionnement d'un système de tribunal de la famille. Les principes directeurs énoncés dans la présente partie sont nécessairement généraux mais ils sont destinés à définir les normes minimales qui devraient s'appliquer à tout service juridique établi dans le cadre d'un tribunal de la famille.

La Commission reconnaît qu'en certains endroits, on a commencé à s'intéresser à ces questions ou à certaines d'entre elles, habituellement par suite de l'initiative des juges ou des membres intéressés du Barreau. De plus, la Commission reconnaît que les conditions, régnant dans chacune des régions, dicteront l'organisation et le fonctionnement des services juridiques de la cour familiale. Cependant, il est, aux yeux de la Commission, essentiel que des normes minimales soient établies, garantissant ainsi à tous les canadiens le respect de leurs droits et intérêts légaux.

Des avocats pour les adultes

Dans le cadre des tribunaux de la famille, il doit y avoir des règles de procédure et des services complémentaires spécialisés qui permettent dans la plus grande mesure possible la réconciliation, la conciliation et l'atténuation du caractère contradictoire des procédures. La Commission déplore qu'en ce moment, les droits et les responsabilités de plusieurs personnes impliquées dans des procédures matrimoniales, familiales et juvéniles sont fréquemment décidés sans qu'elles aient bénéficié des services ou des conseils d'un avocat.

Il importe également de reconnaître, qu'en raison de la nature de certaines procédures, la représentation par un avocat n'est peut-être pas nécessaire et un personnel parajuridique ayant reçu la formation nécessaire ou le personnel complémentaire spécialisé, au service du tribunal de la famille, pourrait parfois être en mesure de conseiller ou même de représenter les parties. Il faut veiller à ce qu'il n'y ait pas duplication ou un recours abusif et inutile à des services juridiques coûteux.

Toutefois, la Commission est fermement convaincue que lorsqu'une question risque de faire l'objet d'un procès, à cause

des intérêts contradictoires ou concurrentiels en jeu, chaque partie devrait avoir le droit d'obtenir les services d'un avocat, que ce soit pour la conseiller avant le procès ou la représenter au procès. Par conséquent, la Commission recommande que des mesures appropriées soient prises en vue de garantir le droit à un avocat en pareilles circonstances.

La façon dont les services d'un avocat seront fournis dépendra nécessairement de la situation financière des parties et des effectifs juridiques disponibles dans la communauté. La forme selon laquelle la représentation et des avis légaux seront disponibles, importe moins que leur disponibilité. Mais il faut avant tout permettre à ceux qui doivent se présenter devant le tribunal de la famille d'obtenir les services d'un avocat, en vue de les conseiller et de les représenter. De l'avis de la Commission, les avocats ainsi mis à la disposition du public ne devraient pas faire partie du personnel du tribunal de la famille.

Des avocats pour les enfants

Lorsque les droits ou intérêts d'un enfant risquent d'être directement ou indirectement touchés par une procédure judiciaire, on devrait songer à nommer un avocat à l'enfant en vue de représenter ses intérêts. La Commission reconnaît que dans de nombreux cas, il n'y aura aucun conflit d'intérêts entre les parties ou que l'entente entre les parties adultes aura tenu compte le mieux possible du bien-être de l'enfant. Toutefois, il peut être dans l'intérêt de l'enfant d'être représenté par un avocat distinct, particulièrement dans les affaires contestées de garde, d'adoption, d'abandon et parfois, dans les actions relatives à son entretien. Dans ces affaires, il ne suffit pas de se fier au juge, aux parents ou à l'avocat de ces derniers, en vue de représenter l'enfant.

La Commission envisage l'établissement de règles de procédure en vertu desquelles le fonctionnaire judiciaire compétent aura, bien avant le procès sur l'examen des faits en litige, la discrétion de nommer un avocat en vue de représenter les intérêts de l'enfant jusqu'à la fin des procédures.

L'avocat de l'enfant ne devrait pas relever du tribunal. Il devrait participer pleinement à toute démarche concernant l'enfant et devrait avoir les mêmes droits et privilèges que les avocats représentant les parties adultes. Il devrait être en mesure d'assigner et de contre-interroger des témoins, et, chose encore plus importante, il devrait avoir directement accès aux

services d'enquête du tribunal afin d'obtenir toute preuve pertinente au litige.

L'avocat du tribunal de la famille

La Commission recommande que des avocats soient fournis par le tribunal de la famille ou à celui-ci, à plein temps ou à temps partiel,

i) en vue de conseiller le personnel des services de réception, d'orientation, d'enquête et d'exécution, relativement à tout problème juridique dans l'exercice de leurs fonctions respectives;

ii) en vue de donner un avis juridique à ceux qui peuvent en avoir besoin et, le cas échéant, de diriger les parties éventuelles vers les services juridiques de la communauté.

Autres services juridiques

La Commission s'inquiète de la pratique actuelle selon laquelle on a recours à la police, aux greffiers, aux agents de probation et aux autres représentants d'institutions judiciaires pour mener des poursuites criminelles ou quasi-criminelles, ou délictuelles relevant de la Loi des jeunes délinquants.

La Commission recommande que les autorités fédérales, provinciales et municipales compétentes assignent des avocats ou des procureurs de la Couronne expérimentés en la matière, soit à plein temps, soit à temps partiel, à la direction des poursuites intentées en vertu du Code criminel, de la Loi sur les jeunes délinquants et des lois provinciales ou règlements municipaux comportant des sanctions criminelles ou quasi-criminelles.

Ces avocats de la poursuite ne devraient en aucun cas être attachés au tribunal de la famille ou y être directement associés.

LE SERVICE D'INFORMATION ET DE RÉCEPTION

La Commission considère que le service d'information et de réception constitue un élément essentiel de la structure du tribunal de la famille.

On devrait prévoir un personnel adéquat pour renseigner les citoyens qui se présentent au tribunal de la famille pour la première fois ou qui s'y présentent avec des problèmes nou-

veaux. Ce service aurait, entre autres fonctions, celle de cerner la nature des problèmes du citoyen, de la renseigner au sujet des divers services complémentaires disponibles dans la communauté et de lui faire connaître les différentes démarches qu'il pourrait entreprendre. Très souvent, l'entretien serait bref et l'individu serait dirigé vers un organisme social, médical ou juridique compétent ou encore à une personne experte en la matière.

De l'avis de la Commission, un des objectifs majeurs du service d'information et de réception serait d'encourager le règlement des conflits familiaux sans passer par les tribunaux. Ce service devrait favoriser l'utilisation efficace des ressources communautaires et, si possible, régler sans formalités les problèmes familiaux avant que des procédures judiciaires ne viennent polariser chaque partie au litige. Le recours au service d'information et de réception devrait être volontaire et le personnel du service n'aurait pas le pouvoir discrétionnaire d'empêcher l'institution de procédures judiciaires.

La Commission reconnaît que l'organisation du service, son importance, ses fonctions ainsi que les qualités requises de son personnel peuvent varier d'une province à l'autre et même d'un tribunal à l'autre.

LES SERVICES D'ORIENTATION ET DE CONCILIATION FAMILIALE

Afin de déterminer dans quelle mesure des services d'orientation et de conciliation familiale devraient être fournis par le tribunal de la famille ou à celui-ci, il nous faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs. D'une façon très générale, ces services devraient s'occuper de

- la préparation au mariage
- la conciliation
- l'orientation postérieure à la décision judiciaire.

La Commission est d'opinion que les services de conciliation ainsi que ceux d'orientation après jugement devraient être disponibles aux parties sur une base volontaire, et ce, sans faire de distinction entre ceux qui sont encore mariés et ceux dont les liens en sont dissous; par contre, les services de préparation au mariage et les services cliniques ne devraient pas relever directement d'un tribunal de la famille.

Préparation au mariage

De l'avis de la Commission, l'Etat devrait encourager l'établissement de services adéquats de préparation au mariage. Toutefois, l'orientation préalable au mariage devrait faire partie d'un programme global d'éducation familiale. A l'occasion, le juge du tribunal de la famille ou un autre fonctionnaire du tribunal voudra diriger un individu vers ces services, à titre d'exemple, lorsque dans certaines circonstances un mineur demande au tribunal de le dispenser d'obtenir le consentement de ses parents pour se marier. Mais, de l'avis de la Commission, le tribunal de la famille ne devrait pas assumer directement la responsabilité de fournir un service de consultation et de préparation au mariage.

La conciliation

L'expérience démontre que le conseiller matrimonial doit encourager la réconciliation des conjoints et, lorsque la réconciliation est impossible ou n'est pas souhaitable, il doit tenter de régler à l'amiable les questions incidentes qui se posent toujours lorsqu'il y a rupture du mariage. Le rôle du conseiller, lorsqu'il tente de régler ces questions est, bien sûr, passablement distinct de celui de l'avocat qui peut être finalement chargé de rédiger l'entente.

De l'avis de la Commission, des services de conciliation devraient être établis au sein du tribunal de la famille ou lui être disponibles; leur rôle serait celui de cerner et de tenter de résoudre les problèmes des parties, et ce, que le mariage prenne fin ou non.

Orientation postérieure à la décision judiciaire

La Commission est d'avis que le personnel d'orientation du tribunal a un rôle utile à jouer en conciliant les différends entre époux non seulement avant jugement mais aussi après, puisque dans certains cas, de nombreux problèmes se perpétuent et d'autres surgissent du fait du jugement et nonobstant celui-ci; il suffit de penser aux nombreux problèmes qui surviennent fréquemment entre les parties, après le décret absolu de divorce, pour se convaincre de l'utilité de ce service.

La Commission croit que des dispositions législatives ou des règles de procédure devraient être adoptées en vue de limiter le nombre de témoins experts et d'enquêtes de nature sociale.

Ceux qui préparent les rapports et, lorsque la Cour l'estimera approprié, les personnes de qui originent les renseignements consignés au rapport, devront être susceptibles d'être contre-interrogés par les parties. Enfin, la Commission constate que, selon les ententes fédérale-provinciales régissant les plans d'aide juridique en vigueur dans la plupart des provinces, les juvéniles peuvent dans certaines affaires criminelles ou de délinquance bénéficier des services prévus par ces plans. La Commission ne voit pas pourquoi pareille protection ne devrait pas être également fournie à tout enfant, lorsque son intérêt l'exige dans les affaires civiles ou quasi-criminelles. Empressons-nous d'ajouter qu'il ne s'agit pas de faire intervenir un avocat pour tous les enfants dans toutes les instances; il s'agira par contre de prévoir une enquête, en temps utile, pour déceler si, dans l'instance, l'interaction des droits est susceptible de donner naissance à un conflit d'intérêts et, dans l'affirmative, s'il y a lieu, d'assigner un avocat à l'enfant pour protéger ses intérêts.

Localisation des services d'orientation et de conciliation

Certains peuvent se demander s'il convient aux activités d'un tribunal judiciaire d'avoir autant de "promiscuité" avec les services administratifs. La Commission est d'avis que le tribunal de la famille demeurera une cour de justice, même s'il a recours à des procédures et à des services de prévention, de diagnostic et de thérapie dans sa recherche de solutions aux problèmes familiaux. Mais l'endroit idéal pour aménager des services d'orientation et de conciliation peut dépendre et dépendra, probablement de façon considérable, des conditions locales.

De toute évidence, les services d'orientation et de conciliation du tribunal doivent éviter la duplication des efforts et viser plutôt à servir de complément aux ressources communautaires existantes. Toutefois, la Commission conclut qu'il est impossible de se fonder exclusivement sur les services communautaires pour répondre aux besoins des personnes qui se présentent devant le tribunal de la famille. Par conséquent, la Commission recommande que des services d'orientation et de conciliation adéquats soient mis à la disposition de ces personnes, les conditions locales devant déterminer s'ils devraient être fournis par le tribunal même, ou par des cliniques ou organismes distincts, ou par louage de services. De nouvelles mesures, tel l'usage de cliniques mobiles, centres régionaux de santé et de bénévoles,

devraient être mises en oeuvre afin de fournir un service de qualité dans les centres ruraux aussi bien qu'urbains.

La Commission est fermement convaincue que le tribunal de la famille ne devrait pas devenir une "clinique familiale", muni d'un mécanisme judiciaire ancillaire destiné à régler en dernier ressort les problèmes familiaux. Ceci menacerait, dès le départ, la viabilité du tribunal de la famille. La Commission reconnaît néanmoins que l'orientation vers la conciliation à court terme, par le personnel auxiliaire du tribunal de la famille, peut être nécessaire et souhaitable dans la recherche d'une alternative à la solution judiciaire du conflit.

La Commission recommande en outre que l'on songe à la possibilité d'établir des "cliniques communautaires", indépendantes, destinées à aborder, du point de vue d'une thérapeutique inter-disciplinaire, la question du règlement des problèmes familiaux et personnels.

De l'avis de la Commission, les personnes en cause devraient décider elles-mêmes si elles auront recours aux services d'orientation et de conciliation. La Commission s'oppose à un système d'orientation et de conciliation obligatoire. Ce qui importe, c'est que pareils services soient mis à la disposition des intéressés et que l'on fasse connaître leur existence aux parties actuelles ou éventuelles à l'aide de moyens dynamiques.

La Commission croit également que l'accessibilité des services d'orientation et de conciliation ne devrait pas engendrer des retards ni causer de préjudices aux droits des individus. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'aucune règle de procédure ne devrait être adoptée en vue de promouvoir l'utilisation des services d'orientation ou les conférences préalables au procès, destinées à régler les questions controversées.

Il existe présentement peu de renseignements dignes de foi au sujet des types de services d'orientation et de conciliation, de leur portée, de leur coût et de leur impact. La Commission favorise l'implantation de ces services et recommande, dans les cas appropriés, la mise sur pied de projets-pilotes destinés à mesurer la demande et le besoin du citoyen pour ces services, leur coût et leur efficacité.

LES SERVICES CLINIQUES

La Commission s'est penchée sur la question de savoir si des services cliniques, y compris les services de médecins, de psychologues, de psychiâtres, devraient être attachés au tri-

bunal en vue d'effectuer des examens cliniques ou d'agir à titre de conseillers des services d'information et de réception, ou autres services complémentaires, et finalement du juge.

De l'avis de la Commission, aucun service clinique ne devrait être attaché au tribunal de la famille mais il importe au plus haut point que ces services soient mis à la disposition du tribunal, sur demande, dans les cas appropriés. Ainsi, l'accès à ces services devrait être assuré au tribunal lorsqu'un diagnostic clinique est requis pour en arriver à la solution judiciaire de cas particuliers.

LES SERVICES D'ENQUÊTE

Il existe des arguments convaincants en faveur de l'établissement de services d'enquête destinés à aider le juge à prendre une décision.

Ces arguments soulèvent les questions suivantes:

- Est-il souhaitable de fournir des services d'enquête, et dans l'affirmative, dans quelles circonstances une enquête devrait-elle être entreprise? L'enquête devrait-elle être obligatoire et s'appliquer à toutes les procédures? Le tribunal devrait-il plutôt avoir un pouvoir discrétionnaire à cet égard?
- Dans quelle mesure les rapports d'enquête devraient-ils être mis à la disposition des parties intéressées ou de leur avocat? Devrait-on permettre le contre-interrogatoire de l'enquêteur et le contre-examen de ses sources de renseignements?
- Dans quelle mesure l'ouï-dire devrait-il être recevable dans un rapport d'enquête?
- L'enquêteur devrait-il avoir accès aux dossiers de réception du tribunal de la famille ou aux dossiers du conseiller qui a tenté de réconcilier les parties ou de régler leur différend?
- Les services d'enquête devraient-ils être attachés au tribunal ou en être distincts?

Le recours aux services de probation en vue de rédiger des rapports pré-sentenciels dans les affaires de délinquance juvénile est une pratique courante des tribunaux canadiens et l'utilisation de rapports d'enquête dans les affaires de garde, d'adoption, de tutelle et d'abandon d'enfant est également une pratique habi-

tuelle dans les cours juvéniles et familiales ainsi que dans les cours de comté ou de district.

En examinant le rôle éventuel des services d'enquête, il peut s'avérer nécessaire de distinguer les procédures entre époux, des procédures concernant principalement les enfants. De l'avis de la Commission, dans les premières, et plus particulièrement dans les procédures de divorce et d'annulation, les services d'enquête ne devraient pas être utilisés pour établir ou réfuter les allégations de quelque partie que ce soit au sujet des motifs de la demande, quoique ces services pourraient éventuellement aider à faire la lumière sur une fraude ou un abus de procédure.

Toutefois, il peut s'avérer nécessaire d'évaluer séparément les moyens et les besoins de chaque époux, lorsqu'une pension alimentaire est demandée dans une procédure de divorce ou d'annulation. Le recours traditionnel aux procédures contradictoires pour déterminer les moyens et les besoins des parties demande souvent trop de temps et, chose encore plus importante, peut masquer la véritable situation. La Commission est d'avis que le tribunal devrait avoir le pouvoir d'ordonner une enquête et un rapport indépendants sur la situation financière des parties avant de se prononcer sur la question de la pension alimentaire ou de l'exécution d'un jugement à cet effet. Ce pouvoir ne devra cependant s'exercer que judicieusement et que lorsque tous les autres moyens auront été épuisés; d'ailleurs, des amendements à la loi pourraient modifier la formule de la requête en divorce et contribuer ainsi largement à l'obtention des renseignements financiers requis pour que le tribunal puisse statuer sur la pension. D'autre part, l'adoption de dispositions législatives conférant au tribunal le pouvoir d'obliger l'employeur d'une partie à fournir un certificat écrit de ses gages ou de son salaire, admissible en preuve sans autres formalités, contribuerait aussi à corriger les carences dans le domaine. Le tribunal pourrait également avoir le pouvoir d'obtenir tout renseignement pertinent, figurant dans les dossiers de la Commission d'assurance-chômage ou de tout autre organisme gouvernemental. De telles divulgations seraient pertinentes non seulement en vue de déterminer la situation financière des parties mais également en vue de connaître les allées et venues du conjoint qui a abandonné sa famille.

Nous avons déjà fait remarquer que les services d'enquête sont présentement utilisés, dans une certaine mesure, dans les affaires de garde d'enfant. Cette façon de procéder semble dans ces cas, rallier l'approbation de tous. Ces rapports d'enquête

fourniraient des renseignements objectifs susceptibles d'aider le juge du tribunal de la famille. Les services d'enquête n'auraient pas à rédiger un rapport dans chaque cas mais, comme cela se fait déjà couramment dans certaines juridictions, le juge devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de demander un rapport.

De l'avis de la Commission, la loi devrait autoriser le tribunal à ordonner une enquête et un rapport dans le but de pouvoir se prononcer sur la garde des enfants dans une procédure entre époux; cependant, ce pouvoir serait discrétionnaire, et non pas obligatoire ou automatique, comme certains l'ont préconisé. La Commission est aussi d'avis qu'à cette fin, un personnel adéquat d'enquête soit mis à la disposition du tribunal de la famille.

Quoique l'accent ait été mis sur l'utilisation des services d'enquête dans les affaires matrimoniales comportant des questions de pension ou de garde, il se peut fort bien que ces services soient aussi utiles à la solution de bien d'autres sortes d'affaires relevant de la compétence du tribunal de la famille.

Il convient maintenant d'examiner le rôle des services d'enquête dans les cas d'abandon et de délinquance, ainsi que dans les incidents criminels intra-familiaux. Au cours des dernières années, un courant d'opinion de plus en plus important s'est répandu en Amérique du Nord favorisant deux auditions distinctes pour disposer de ces procès: la première est de nature déterminative (elle vérifie l'existence des actes attentatoires) tandis que la deuxième est de nature réactive (on y décide des mesures correctives). A cet égard, il est généralement reconnu que le tribunal ne devrait pas tenir compte ou examiner les rapports d'enquête dans le premier cas mais plutôt dans le second. La Commission endosse ce concept d'audition séparée dans des procédures de délinquance juvénile, d'abandon d'enfant et de délits de nature pénale entre époux et conclut que les rapports d'enquête ne devraient pas être présentés au tribunal ou être reçus en preuve dans le premier cas mais devraient l'être dans le second, et ce, sur ordre du tribunal.

Le recours aux rapports d'enquête dans les affaires matrimoniales familiales et juvéniles donne lieu à des difficultés complexes, car il importe d'assurer un juste équilibre entre le caractère confidentiel du rapport et le droit des parties concernées d'avoir accès au rapport et, le cas échéant, d'en contester la validité. Les usages concernant le caractère confidentiel ou la divulgation des rapports d'enquête varient considérablement. Elles vont de la reconnaissance du droit des parties d'inspecter

le rapport et de soumettre ses auteurs à un contre-interrogatoire jusqu'au refus de la divulgation des rapports, à la discrétion du juge; cette dernière pratique permet aux juges d'en arriver à des décisions en se fondant sur des preuves qui n'ont jamais pu être vérifiées; d'ailleurs, si l'on refuse aux avocats des parties le droit de prendre connaissance des rapports, il leur sera très difficile de protéger les intérêts de leur client.

Les dilemmes que soulèvent les questions à l'étude ne sont pas faciles à résoudre. Les rapports d'enquête fournissent au juge des renseignements qui peuvent l'aider considérablement à se prononcer sur des questions de garde d'enfant, de droit de visite, des droits et obligations relatives à la pension. En même temps, le contenu de ces rapports pourrait causer aux parties un préjudice psychologique s'il leur était révélé, ou encore, pourrait nuire à l'obtention de certains renseignements, les informateurs craignant d'être éventuellement identifiés.

La Commission conclut que les rapports d'enquête devraient être mis à la disposition des avocats des parties, ou si les parties ne sont pas représentées par un avocat, aux parties elles-mêmes. La Commission conclut en outre qu'il devrait toujours être possible de contre-interroger les auteurs des rapports et qu'à la discrétion du juge, les personnes constituant les principales sources de renseignements devraient également pouvoir être contre-interrogées.

La Commission a déjà souligné qu'il faut établir une distinction, en ce qui concerne l'utilisation des rapports d'enquête, selon que l'audition est de nature "déterminative" ou "réactive". On reconnaît généralement que si les rapports sont utilisés dans une audition visant des mesures réactives, la violation de la règle du ouï-dire est justifiée pourvu que les parties ou leur avocat aient l'occasion d'examiner le rapport et de contre-interroger l'enquêteur ou ses informateurs.

De l'avis de la Commission, pour qu'il y ait communication pleine et franche avec les services de réceptions et d'orientation, il faut assurer le caractère confidentiel de toutes les déclarations et communications. Par conséquent, la Commission conclut que les services d'enquête ne devraient pas avoir le droit de consulter les dossiers de réception ou ceux des conseillers qui ont tenté de réconcilier les parties ou de régler leur différend.

On a exprimé diverses opinions au sujet de la question de savoir si les services d'enquête devraient être attachés au tribunal de la famille, ou s'il devrait s'agir de services indépendants

ou séparés. Toutefois, on semble être généralement d'accord pour dire que le contrôle des services d'enquête doit en grande partie relever du tribunal et qu'il faut garantir au tribunal de la famille la disponibilité constante et facile de ces services.

De l'avis de la Commission, il n'est pas nécessaire d'établir des services d'enquête indépendants; on garantit davantage l'objectivité apparente d'une enquête ou d'un rapport d'enquête en reconnaissant aux parties ou à leur avocat le droit d'examiner le rapport et de contre-interroger les personnes plutôt qu'en éloignant physiquement les services d'enquête du tribunal. Toutefois, cela ne veut pas dire que tous les services d'enquête, y compris les services cliniques de diagnostic, devraient être attachés au tribunal. De fait, les enquêtes, dans les affaires d'adoption, de tutelle et d'abandon sont actuellement menées par des organismes de bien-être de l'enfant dans les diverses provinces et il ne servirait probablement à rien de centraliser pareilles enquêtes au sein du tribunal de la famille.

LES SERVICES À LA JEUNESSE ET DE PROBATION, Y COMPRIS LES SERVICES POSTÉRIEURS AU PLACEMENT ET LES MAISONS DE DÉTENTION ET D'OBSERVATION

Les juges qui décident des causes matrimoniales, familiales et juvéniles ont peu de mesures alternatives à leur disposition, et ce, par suite de l'insuffisance des services et du manque de coordination entre ceux qui sont responsables de l'administration et de l'établissement des services de jeunesse et de probation, des services postérieurs au placement, des maisons de détention et d'observation, des centres communautaires et des foyers nourriciers.

La Commission reconnaît que l'établissement de ces services et installations coûte cher mais conclut qu'ils doivent néanmoins être mis à la disposition du tribunal de la famille.

LES SERVICES D'EXÉCUTION

Le problème d'ordre majeur auquel doit faire face la personne qui obtient un jugement en sa faveur est le suivant: comment faire exécuter l'ordonnance? Comment l'épouse qui s'est présentée devant le tribunal et qui a obtenu une pension réussit-elle à se faire payer par son mari? Qu'arrive-t-il lorsqu'un tribunal a rendu une ordonnance relativement à la garde d'un

enfant mais qu'un parent désobéit à l'ordonnance et refuse de se séparer de l'enfant?

La loi prévoit certains recours juridiques, y compris la vente obligatoire des biens ou des immeubles, la saisie du salaire et la menace d'emprisonnement en vue d'assurer l'exécution des ordonnances auxquelles il n'a pas été donné suite. Mais, la disponibilité de ces recours ainsi que d'autres recours juridiques ne résout pas nécessairement le problème pratique de l'alimentation et du logement des personnes à charge et n'aboutit pas nécessairement à la remise de l'enfant, retenu par un parent au mépris d'une ordonnance de la cour. Il arrive souvent que celui qui obtient une ordonnance doit lui-même voir à l'exécution de celle-ci. Cela crée une situation impossible étant donné que cette personne ignore habituellement les divers recours juridiques à sa disposition et la façon de les invoquer. A ce problème vient s'ajouter la diversité des recours et le fait que ces derniers ne peuvent pas être invoqués devant un seul tribunal. Le genre de recours invoqué peut lui-même déterminer à quel tribunal il faut s'adresser en vue d'assurer l'exécution de l'ordonnance.

Il est bien connu que de nombreuses ordonnances, en matière familiale, et particulièrement dans les questions de pension n'ont aucun effet pratique. On estime que 70 à 75 pour cent des jugements n'ont pas été satisfaits. Un taux aussi élevé entraîne des dépenses considérables sous forme de paiement de sécurité sociale.

Les avocats sont souvent incapables ou peu désireux d'engager des procédures d'exécution, surtout s'il est difficile de connaître les allées et venues de la partie adverse encore ou lorsque le coût des services juridiques est hors de proportion, comparativement au montant qui sera recouvré suite à l'exécution de l'ordonnance. Dans la plupart des juridictions, les tribunaux n'assument eux-même aucune responsabilité primordiale en ce qui concerne le respect et la satisfaction des ordonnances qu'ils rendent. Par conséquent, à toutes fins pratiques, les jugements des tribunaux ne sont souvent qu'un chiffon de papier inutile.

La Commission a examiné les diverses options permettant de résoudre ces problèmes. Elle ne croit pas que les problèmes d'exécution devraient être réglés par les moyens traditionnels prévus par la loi. Il est évident qu'à moins de prendre des mesures concrètes et de mettre sur pied les services qui faciliteront l'exécution des ordonnances judiciaires rendues dans les affaires matrimoniales ou familiales, les jugements demeureront insatisfaits et la justice aussi.

De l'avis de la Commission, un tribunal de la famille pourrait et devrait, au moyen de ses services complémentaires, assumer un rôle plus actif dans l'exécution des ordonnances qu'il rend. Certaines mesures pourraient rapidement être adoptées dans les provinces et territoires canadiens, sans par cela imposer un fardeau trop lourd aux mécanismes judiciaires et légaux ou aux services de bien-être existants. Ces mesures comprendraient l'établissement de services d'exécution au sein du tribunal de la famille.

Les détails du fonctionnement des services d'exécution et les qualités requises du personnel dépendent des conditions locales. Toutefois, la Commission tient à souligner que ces services doivent être fournis si l'on veut assurer le bon fonctionnement du tribunal de la famille. Les fonctions des services d'exécution devraient inclure:

- La perception et les déboursés des sommes versées en vertu d'ordonnances judiciaires;
- La tenue de dossiers et de systèmes de comptabilité permettant d'indiquer au jour le jour, la situation des ordonnances du tribunal;
- La prise de mesures appropriées en vue d'assurer que tout défaut soit justifié, et le cas échéant, que l'on remédie à la situation;
- L'élaboration d'un système efficace de dépistage ("tracing").

La Commission s'est particulièrement penchée sur la question de l'exécution des ordonnances ayant trait à la pension mais elle désire souligner que tout service d'exécution établi au sein du tribunal de la famille pourrait et devrait aussi être chargé de l'exécution d'ordonnances de tous genres.

La Commission recommande que les préposés aux mesures exécutoires attachés au tribunal de la famille soient les principaux responsables de l'observance des ordonnances judiciaires.

Si des services d'exécution étaient établis au sein du tribunal de la famille, il faudrait songer aux qualités requises du personnel. La responsabilité de l'exécution des ordonnances devrait en grande partie relever d'un personnel para-professionnel bien formé et ne devrait pas incomber au conseiller professionnel ou au personnel juridique, sauf s'il est nécessaire de faire appel à leur compétence professionnelle pour régler certaines questions.

Nous avons dit plus tôt, dans nos conclusions, que les services d'enquête seraient susceptibles d'être appelés à seconder le tribunal lorsque celui-ci décide du montant d'une pension; nous avons ainsi conclu au rôle que joueraient les services d'exécution pour veiller à la satisfaction des jugements fixant les pensions. A coup sûr, les rôles respectifs des services d'enquête et d'exécution ne doivent pas être trop compartimentés; ces services devront collaborer étroitement en vue d'éviter les conflits de compétence ou la duplication de leurs efforts. Si, par exemple, il y a défaut de donner suite à une ordonnance, il peut être nécessaire "d'enquêter" en vue de déterminer si celle-ci devrait être "exécutée" ou s'il faut la modifier, compte tenu des circonstances particulières. La nécessité d'une collaboration efficace des deux services est évidente.

Une collaboration et des moyens efficaces de communication doivent également exister entre les services d'exécution et les services administratifs, comptables et juridiques.

LE FINANCEMENT DES SERVICES

La Commission reconnaît que l'etablissement des services auxiliaires, dont il a été question dans le présent document de travail, est essentiellement une question de compétence provinciale.

A l'heure actuelle, il existe des arrangements entre les autorités fédérales et provinciales quant au partage des coûts selon lesquels de nombreux services sont fournis par les provinces avec l'aide financière du gouvernement fédéral.

L'adjonction de bons services complémentaires au tribunal de la famille nécessitera des sommes considérables destinées à payer les salaires, les programmes de formation et l'aménagement des locaux de travail. La Commission invite le gouvernement fédéral à assumer une part importante du financement de ces services. C'est uniquement grâce à l'appui financier fédéral qu'il sera possible de mettre à la disposition de tous les canadiens, où qu'ils se trouvent, des services acceptables. La Commission recommande au gouvernement fédéral d'entamer des discussions avec les provinces en vue de prendre les arrangements financiers appropriés dans les plus brefs délais.

Conclusion

Habituellement, les publications comme celle-ci présentent à la fin un résumé des conclusions et des recommandations. Ce document de travail est déjà un résumé de plusieurs études préliminaires et, comme tel, énonce surtout des conclusions et recommandations qui en découlent; celles-ci n'indiquent que les principes directeurs qui devraient présider à la mise en oeuvre de certaines réformes.

Le document est l'objet d'une large diffusion partout au Canada; il invite les récipiendaires à nous communiquer leurs observations et leurs suggestions, ceci dans le but de connaître autant la réaction du grand public que des spécialistes. Aussi, pouvons-nous, si le concept d'un tribunal de la famille semble rencontrer l'approbation générale, envisager alors les mesures concrètes à prendre pour sa réalisation.

Il nous faut réitérer que les tribunaux de la famille ne constitueraient pas un remède universel à tous les problèmes familiaux. Ils auraient par contre l'avantage de résoudre d'une façon constructive et réaliste les conflits familiaux, en les abordant de facon intégrale plutôt que de les tronquer.

La mise en place d'un système de tribunaux de la famille exigerait probablement beaucoup de temps mais ceci ne doit pas faire obstacle aux réformes immédiates possibles, surtout dans les domaines où elles s'avèrent de toute urgence.